

UiO : **Det juridiske fakultet**

Foretaksstraff

Med særlig vekt på tilknytningsvilkåret i staffeloven § 48 a

Kandidatnummer: 567

Leveringsfrist: 25.11.2012

Antall ord: 17 114



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Presentasjon av tema.....	1
1.2	Problemstilling	3
1.3	Terminologi	3
1.3.1	Foretaksbegrepet.....	3
1.3.2	Tilknytningskravet	4
2	RETTSKILDEBILDE	4
2.1	Rettskildene og deres særpreg.....	4
3	DE GENERELLE VILKÅRENE FOR FORETAKSSTRAFF	6
3.1	Lovskravet.....	6
3.2	Skyldkravet	7
3.2.1	Hovedregelen om skyld	7
3.2.2	Skyldkravet i strl § 48 a	8
3.2.3	Særlig om anyonyme og kumulative feil	10
3.2.4	Særlig om skyldkravet til ledelsen og systemsvik i organisasjonen.....	13
3.3	Tilregnelighet	14
3.4	Straffefrihetsgrunner.....	15
4	TILKNYTNINGSVILKÅRET "PÅ VEGNE AV FORETAKET"	15
4.1	Innledning	15
4.2	Kravet til personell tilknytning.....	16
4.2.1	Utgangspunkter.....	16
4.2.2	Ansatte	17
4.2.3	Selvstendige oppdragstakere	19
4.2.4	Foretakets organer.....	21

4.2.4	Deltakere	21
4.3	Kravet til funksjonell tilknytning	23
4.3.1	Utgangspunkter.....	23
4.3.2	Gjerningspersonens funksjon og tilknytning.....	24
4.3.3	Illojale handlinger	26
4.3.4	Instruksbrudd.....	27
4.4	Konsernforhold.....	31
4.5	Særlig om selskapsendringer og eierskifte.....	34
4.6	Kort om fellesforetak.....	39
5	REAKSJONSFESTTELSEN.....	39
5.1	Ansvars valgfriske karakter	39
5.2	De enkelte momentene i strl § 48 b	41
5.2.1	Prevensjonshensynet	41
5.2.2	Overtredelsens grovhet	42
5.2.3	Instruksjon og kontroll m.v	43
5.2.4	Foretakets interesser.....	43
5.2.5	Foretakets fordel av overtredelsen.....	44
5.2.6	Foretakets økonomiske evne	44
5.2.7	Andre reaksjoner.....	45
5.2.8	Andre relevante hensyn.....	46
6	STRAFFELOVEN 2005	49
6.1	Skyldkravet etter strl 2005	49
6.2	Forholdet til EMK	50
7	AVSLUTNING	54
7.1	Konklusjon	54
7.2	Synspunkter på rettsutviklingen	55
8	LITTERATURLISTE	59

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Foretaksstraff er en forholdsvis ny konstruksjon i norsk rett. Lenge var oppfatningen at et foretak som sådan ikke kunne holdes strafferettslig ansvarlig. Dette understrekes av Høyesteretts uttalelse i Rt 1938 s. 411: Det er en ”helt sikker rettssetning at en juridisk person ikke kan straffes”.¹ Etter andre verdenskrig vokste det imidlertid fram spredte hjemler for foretaksstraff i spesiallovgivningen. De ulike bestemmelsene om foretaksstraff var til dels uklare og hadde forskjellige vilkår for straff. På bakgrunn av dette meldte det seg et behov for opprydding og avklaring, noe som ble utredet av straffelovskommisjonen.² Kommisjonenens mindretall foreslo en generell hjemmel for foretaksstraff, noe departementet gikk inn for i Ot.prp nr. 27 (1990-1991). Forslaget ble senere vedtatt ved lov 20. juli 1991 nr. 66 og fremgår nå av straffeloven §§ 48 a og b. I den nye straffeloven av 2005 som ikke har trådt i kraft er den generelle adgangen til å ilegge foretaksstraff videreført i § 27. Her skjerpes ansvaret i den forstand at ingen enkeltperson trenger å oppfylle skyldkravet.

Bakgrunnen for en generell hjemmel for foretaksstraff var et ønske om å gi straffen økt preventiv virkning. Dette innebærer at personer med tilknytning til foretak avstår fra straffbare handlinger i frykt for å pådra foretaket straff. Straffetrusselen vil da også bidra til strengere rutiner og bedre kontroll med driften.³ Høivik (2012) betegner dermed foretaksstraffen som ”et organisatorisk incitament til å forhindre lovbrudd”.

En annen viktig begrunnelse for foretaksstraffen er å forhindre pulverisering av straffansvaret. Dersom straffansvaret bare kan gjøres gjeldene mot en fysisk person medfører dette en fare for at foretaket kan se seg tjent med å ha uklar organisasjonsstruktur og gjøre det vanskelig å identifisere gjerningspersonen. I en slik situasjon er det mulig for foretaket å reduse-

¹ Rt 1938 s. 411, s. 414 og Matningsdal (1996) s. 1

² NOU 1989:11 s. 7

³ NOU 1989:11 s. 9

re omfanget av straffansvaret eller gjøre det umulig å føre bevis for straff.⁴ Dersom ansatte i lavere stillinger blir eksponert for straff rammer ikke straffen foretaket med styrke, da bøter blir utmålt etter gjerningspersonens formuesstilling.⁵ Et slikt system har åpenbare svakheter. Ved å holde foretaket som juridisk person direkte ansvarlig forsvinner denne muligheten. Når foretaket blir gjort til ansvarssubjekt utmåles bøter etter foretakets økonomiske evne, noe som fører til langt større økonomiske konsekvenser. Dersom foretaket har hatt økonomisk gevinst av lovbruddet er det også rimelig at foretaket bærer konsekvensene ved straffansvaret.⁶

Ved å innføre generell hjemmel for foretaksstraff utvider man også konsekvensene av straffen. Her kan det for eksempel pekes på den stigmatiserende effekten av et straffansvar. Å bli ilagt forelegg eller bli straffedømt for visse typer kriminalitet kan få betydelig konsekvenser for foretakets omdømme. Å bli pekt ut som en lovovertreder kan på kort sikt føre til uønsket oppmerksomhet i mediene, men konsekvensene kan trekke lenger enn dette. På lengre sikt kan dette føre til økonomiske ringvirkninger fordi foretakets samarbeidspartnere viker tilbake for å involvere seg med et straffedømt foretak.

Foretaksstraffen skal imidlertid være av supplerende karakter. Utgangspunktet er dermed at gjerningspersonen straffes personlig. Foretaket straffes bare når dette må anses hensiktsmessig etter en konkret vurdering.⁷

Med dette som bakteppe skal avhandlingen gi en fremstilling av de spørsmål som oppstår ved bruk av foretaksstraff.

⁴ Høivik (2012) s. 73

⁵ Jf straffeloven § 27

⁶ NOU 1989:11 s. 9

⁷ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 6

1.2 Problemstilling

Avhandlingen gir en oversikt over flere problemstillinger som oppstår når foretaksstraff ilegges. Både vilkårene for foretaksstraff og reaksjonsfastsettelsen skal behandles. Allikevel legges det særlig vekt på tilknytningsvilkåret ”på vegne av foretaket” i strl § 48 a. Problemstilling er da hvor nær tilknytningen mellom gjerningspersonen og foretaket må være for å ilegge foretaksstraff. Hovedspørsmålet er altså å klarlegge når tilknytningsvilkåret er oppfylt. Et vesentlig moment blir da å klarlegge når det er grunnlag for identifikasjon mellom foretaket og gjerningspersonen. Det skal dermed belyses hvilken personkrets som foretaket hefter for, og hvilke typer handlinger som er egnet til å pådra foretaket straffansvar. Videre skal det trekkes frem eksempler der vilkårene ikke er oppfylt. Om gjerningspersonen bryter interne retningslinjer og pålegg fra foretaket blir spørsmålet om dette får betydning for adgangen til å ilegge foretaksstraff.

En særlig problemstilling er om selskapsstrukturen og endringer av denne får betydning for straffansvaret. Spørsmålet er for det første om morselskapet i et konsern kan idømmes foretaksstraff for lovbrudd som skjer i et datterselskap. Videre skal det behandles om en fusjon, fisjon, overdragelse av aksjer eller oppløsning av selskapet etter lovbruddet får konsekvenser for adgangen til å benytte foretaksstraff.

For sammenhengens skyld må dessuten de alminnelige vilkårene for straff behandles kort, herunder lovskravet, skyldkravet, tilregnelighetskravet og de personlige forutsetningene for straff. Fremstillingen vil særlig trekke frem skyldkravet i strl § 48 a, da rettsstilstanden her kan betegnes som noe uklar. Vilårene for foretaksstraff etter den nye straffeloven skal kort behandles i pkt 6.

1.3 Terminologi

1.3.1 Foretaksbegrepet

Begrepet foretak er definert i strl § 48 a: ”Med foretak menes her selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet”. Når avhandlingen bruker begrepet foretak er det lovens definisjon det siktes til.

Med begrepet juridisk person siktes det også til foretaksbegrepet i strl § 48 a. Dette begrepet blir først og fremst brukt for å fremheve avgrensningen mot fysiske personer. Foretaksbegrepet skal etter dette ikke problematiseres videre.

1.3.2 Tilknytningskravet

Med tilknytningskravet (eller tilknytningsvilkåret) siktes det til formuleringen ”på vegne av foretaket” i strl § 48 a. Når fremstillingen bruker denne betegnelsen siktes det både til kravet om personell og funksjonell tilknytning slik det fremstilles i pkt 4.

2 Rettskildebilde

2.1 Redegjørelse for rettskildene og deres særpreg

Avhandlingen bygger på alminnelig norsk rettskildelære. Det er derimot ikke hensiktsmessig å redegjøre for rettskildelæren i sin helhet. Det skal imidlertid knyttes noen korte bemerkninger til noen rettskildespørsmål av særlig betydning for denne fremstillingen.

Ordlyden er det naturlige utgangspunktet for anvendelsen av strl § 48 a. Som kjent er det krav om hjemmel for å ilegge straff, jf Grl § 96. Dette gjør det mulig for borgerne å forutberegne sin rettsstilling. I forlengelsen av dette har det blitt hevdet at lovteksten må gi tilstrekkelig klar hjemmel dersom straff skal ilegges.⁸ Ordlyden må dermed bli tillagt atskillig vekt i rettsanvendelsen.

Dersom ordlyden fortsatt gir rom for tvil er det naturlig å benytte seg av forarbeidene for å klarlegge hva lovgiver har ment. Idet strl § 48 a ble tilføyd ved egen lov foreligger det forarbeider som utelukkende drøfter straffansvaret for foretak. Forarbeidene behandler vilkårene for foretaksstraff samt reaksjonsspørsmålet grundig og gir dermed et betydelig bidrag til tolkningen av strl § 48 a. Allikevel er forarbeidene på enkelte punkter uklare og til dels motstridende. Dette etterlater rom for tvil. Som et resultat av dette har det forekommet at

⁸ Andenæs (2004) s. 115

juridiske forfattere kommer til vidt forskjellige konklusjoner med støtte i de samme forarbeidene. For eksempel hevdet Andenæs i 4. utgave av Alminnelig Strafferett at det ikke gjaldt et krav om subjektiv skyld i strl §.⁹ Denne rettsoppfatningen ble forlatt i 5. utgave og har trolig sin bakgrunn i uklare forarbeider. Det er dermed grunn til å være kritisk ved lesing av forarbeidene.

Forarbeidene inneholder dessuten en henvisning til arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1. Arbeidsgiveransvaret avgrenses mot ”skade som skyldes at arbeidstakeren går utenfor det som er rimelig å regne med”. Det skal også gjelde en tilsvarende begrensning i foretakets straffansvar.¹⁰ Dette medfører at forarbeidene til skadeserstatningsloven, rettspraksis som knytter seg til arbeidsgiveransvaret og erstatningsrettslig litteratur er relevant ved tolkningen av strl § 48 a. Forarbeidene til den nye straffeloven kan også trekkes frem. Her fremstilles også gjeldene rett etter strl § 48 a, slik at forarbeidene kan gi et bidrag til tolkningen selv om straffeloven 2005 ikke er satt i kraft.

Høyesterettspraksis skal etter alminnelig metodelære tillegges stor vekt. Saker hvor foretaksstraff kan idømmes kommer jevnlig for norske domstoler, og det foreligger en stor mengde avgjørelser om teamet. Avhandlingen kommer dermed til å trekke frem en rekke avgjørelser for å ta stilling til gjeldene rett. Av særlig betydning for avhandlingen er Rt 2007 s. 1684 og HR-2012-01016-A hvor betydning av instruksbrudd kommer særlig på spissen.

Av reelle hensyn må særlig preventive hensyn tillegges atskillig vekt, da begrunnelsen for foretakstraff nettopp er å styrke straffens preventive virkning. Prevensjonshensynet står ofte i motstrid med en rekke andre tungtveiende hensyn¹¹. Ofte er prevensjonshensynet det eneste momentet som taler for straff, uten at dette har vært til hinder for at straff ilegges.

⁹ Andenæs (2004) s. 280, i petit

¹⁰ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 18

¹¹ NOU 1989:11 s. 9

Prevensjonshensynet kan dermed betegnes som særlig tungtveiende. Å behandle alle tenkelige reelle hensyn er imidlertid lite hensiktsmessig i denne fremstillingen. Det kan dermed vises til fremstillingens pkt 5 hvor flere sentrale hensyn trekkes fram under reaksjonsfastsettelsen.

Til nå har det blitt gjort rede for avhandlingens tema og problemstilling, samt gitt en oversikt over de mest sentrale rettskildene. Rammene for fremstillingen er dermed satt. I det følgende skal de generelle vilkårene for foretaksstraff behandles under pkt 3. Tilknytningskravet er også et vilkår for foretaksstraff, men dette behandles separat under pkt 4. Avhandlingen skal rette et særlig fokus mot dette vilkåret, og en selvstendig behandling er da hensiktsmessig.

3 De generelle vilkårene for foretaksstraff

3.1 Lovskravet

For å straffe fysiske personer kreves det hjemmel i lov, jf Grunnloven § 96. For foretaksstraff gjelder det samme. Det fremgår av strl § 48 a at et foretak kan straffes når ”et straffebud er overtrådt”. Dette innebærer at de objektive vilkårene for straff må være oppfylt. Handling må altså fylle gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, enten i straffeloven eller særlovgivningen¹². Er ikke dette kravet oppfylt, blir resultatet frifinnelse.¹³

Etter sin ordlyd er strl § 48 a generelt utformet. Enhver overtredelse av et straffebud kan altså gi grunnlag for foretaksstraff, uavhengig av lovbruddets karakter og alvorlighetsgrad.¹⁴ Det er allikevel områder som viser seg å være særlig aktuelle for foretaksstraff. I forarbeidene nevnes brudd på arbeidsmiljøloven og forurensningsloven som eksempler.¹⁵

¹² Matningsdal (1996) s. 100

¹³ Rt 1993 s. 17, s. 19 og Rt 1984 s. 337, s. 341

¹⁴ Matningsdal (2003) s. 393

¹⁵ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 7

Andre typer økonomiske forbrytelser kan også tenkes å være aktuelle, for eksempel korrupsjon eller bedragerier.

3.2 Skyldkravet

3.2.1 Hovedregelen om skyld

I det enkelte straffebud fremgår den objektive delen av handlingen. Reglene må imidlertid suppleres av kravet til subjektiv skyld.¹⁶ Kravet til skyld fremgår av strl § 40: ”Paa den, der ei har handlet med Forsæt, kommer ikke denne Lovs Straffebestemmelser til Anvendelse”. Etter ordlyden må gjerningspersonen ha forsettlig overtrådt straffebudet. Med forsett menes at gjerningspersonen med hensikt begår en handling som fyller gjerningsbeskrivelsen, eller at gjerningspersonen regnet det som sikkert eller overveiende sannsynlig å oppfylle gjerningsbeskrivelsen.¹⁷ Mer unntaksvis kan forsett statueres ved lavere grader av sannsynlighet (dolus eventualis/positiv innvilgelse). Denne skyldformen og den nærmere grensen mellom de ulike skyldformene skal imidlertid ikke behandles her. Kravet til forsett må omfatte hele gjerningsbeskrivelsen i straffebudet.¹⁸ Skylden må altså omfatte alle momenter i straffebudet inkludert alle skadefølgene.

Uaktsomhet er normalt ikke tilstrekkelig for å ilegge straff. Dette fremgår klart av strl § 40: Uaktsomhet er bare straffbart i den grad det er ”udtrykkelig er bestemt eller utvetydig forutsatt”. Det er imidlertid klart at svært mange straffebud uttrykkelig presiserer at uaktsom overtreddelse er straffbart. Rettspraksis viser også at uaktsomhet er den mest praktiske skyldformen ved bruk av foretaksstraff.¹⁹

¹⁶ Andenæs (2004) s. 106

¹⁷ Eskeland (2006) s. 271

¹⁸ Andenæs (2004) s. 221

¹⁹ Se for eksempel Rt 2002 s. 1312 og HR 2012-01016-A

3.2.2 Skyldkravet i strl § 48 a

Et foretak som sådan har ingen egen vilje, og kan ikke utvise skyld på selvstendig grunnlag. Skyld må i så fall statueres gjennom personer som handler på vegne av foretaket.²⁰ Spørsmålet i det følgende er om lovgiver har funnet grunn til å fravike kravet til skyld i lys av dette. Problemstillingen er om det gjelder et skyldkrav etter strl § 48 a, eller om dette kravet er helt eller delvis fraveket.

Hovedregelen er trukket opp ovenfor: Det kreves skyld for å ilegge straff, og skylden må dekke hele gjerningsbeskrivelsen og straffebudet. I utgangspunktet gjelder denne regelen tilsvarende for foretaksstraff, med mindre en tolkning av de relevante rettskildene fører til et annet resultat.

Ved denne vurderingen tas det utgangspunkt i ordlyden. Strl § 48 a bestemmer at foretaket kan straffes når ”et straffebud er overtrådt”. Uttrykket ”overtrådt” gir ikke holdepunkter for at skyld kreves. I annet punktum er fremgår det at foretaket kan straffes ”selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”. Spørsmålet er da om lovgiver har ment å fravike skyldkravet med denne formuleringen. Allikevel må strl § 48 a forstås i lys av strl § 40 som oppstiller et alminnelig skyldkrav. Dersom lovgiver har ønsket å fravike dette utgangspunktet, må det kreves sikre holdepunkter for dette.

Forarbeidene gir en viss veiledning om lovgivers vilje. Det presiseres først at foretaket ikke skal ilegges straff ”ved hendelige uhell og force majeure”.²¹ Ved første øyekast kan det virke som lovgiver har ønsket et objektivt ansvar med unntak for hendelige uhell og force majeure. Dette inntrykket styrkes av formuleringen i strl § 48 a, første ledd siste punktum. Dersom man tar bestemmelsen på ordet innebærer dette at foretaket kan straffes selv om ingen gjerningsperson har oppfylt skyldkravet i strl § 40. Det er allikevel på det rene at

²⁰ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 6

²¹ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 3

dette ikke har vært meningen. I forarbeidene uttales at "[d]et skal fortsatt gjelde et skyldkrav for den som har handlet, men da slik at også anonym og kumulativ skyld rammes".²² Lovgiver har altså ikke fraveket kravet til skyld, men har ønsket å ramme foretakets anonyme og kumulative lovovertridelser.

Forarbeidene er til dels uklare og kan lett misforstås. Det er dermed tvilsomt om lovgiver har ment å fravike kravet til skyld i strl § 48 a. Andenæs hevdet i 4. utgave av *Alminnelig Strafferett* at en objektiv lovovertrivelse var tilstrekkelig. Andenæs tok altså til orde for et objektivt straffeansvar med unntak for hendelige uhell og force majeure. Dette synspunktet synes forlatt i 5. utgave.²³ Eskeland forutsetter også at det kreves forsett dersom foretaksstraff skal ilegges. Skyldkravet må da være oppfylt enten hos en ansatt eller hos ledelsen. Matningsdal slutter seg til dette synspunktet og uttaler at "skyldkravet i det enkelte straffebud må være oppfylt". Det synes dermed å være bred enighet i teorien²⁴.

I den grad det fortsatt var rom for tvil avklarte Høyesterett spørsmålet ved avgjørelsen inn tatt i Rt 2002 s. 1312. Saken gjaldt foretaksstraff for unnlatt flagging etter verdipapirhandelloven. A meldte ikke rettidig fra om erverv av aksjer slik loven krever, og Økokrim utferdiget forelegg. Ved vurderingen av skyldspørsmålet tok ikke Borgarting Lagmannsrett stilling til kravet om subjektiv skyld, og uttalte at strl § 48 a hjemler et objektiv ansvar. Til dette uttalte Høyesterett at "en ren konstatering av at det foreligger en objektiv overtrivelse av det aktuelle straffebudet, er ikke tilstrekkelig."²⁵ Skyldkravet må altså være oppfylt dersom foretaksstraff skal idømmes. Dette må idet minste gjelde så lenge gjerningspersonen kan identifiseres. Rettstilstanden kan imidlertid være annerledes ved anonyme og kumulative feil, jf nedenfor.²⁶

²² NOU 1989:11 s. 15 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 14

²³ Andenæs (2004) s. 280

²⁴ Eskeland (2006) s. 360 og Matningsdal (2003) s. 396

²⁵ Rt 2002 s. 1312, s. 1318

²⁶ Hika (2010) s. 538

Rettskildefaktorene trekker altså klart i retning av at skyld kreves. Et slikt syn har også en viss støtte i reelle hensyn. Norsk strafferett bygger klart på prinsippet om at straff bare blir å idømme den som kan bebreides. En objektiv lovovertrjedelse uten skyld vil normalt ikke være tilstrekkelig straffverdig for å ilegge straff. Handlingens art og grovhet vil normalt ikke være av en slik karakter at det er naturlig å reagere med straff.

Allikevel kan det innvendes at lovgiver har klart ønsket ”å styrke foretaksstraffens preventive virkning”.²⁷ Dette formålet taler for et objektivt ansvar. Et strengt objektivt straffean-svar gir foretaket en særlig klar oppfordring til å innrette sin virksomhet slik at lovbrudd unngås. En slik straffetrussel bør normalt føre til konkrete tiltak i form av opplæring, klare instruksjoner og gode rutiner.²⁸ Dette kan allikevel ikke være tilstrekkelig tungtveiende til å begrunne et unntak fra kravet til skyld. Konklusjonen er dermed at kravet til subjektiv skyld må være oppfylt for å ilegge foretaksstraff.

Denne rettstilstanden er også lagt grunn i forarbeidene til ny straffelov²⁹. I den nye straffe-loven endres imidlertid ordningen til det motsatte: Foretaket kan straffes ”selv om ingen enkeltperson har utvist skyld”, jf strl2005 § 28. Dette drøftes nedenfor under pkt 6.

3.2.3 Særlig om anonyme og kumulative feil

Etter strl § 48 a kan foretaket straffes ”selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”. Lovgiver har her ment å understreke at anonyme og kumulative overtredelser kan straffes.³⁰

²⁷ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 3

²⁸ Høivik (2012) s. 70

²⁹ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 431

³⁰ NOU 1989:11 s. 15 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 14

Med anonyme feil menes at det ikke er nødvendig å identifisere gjerningspersonen.³¹ Det må allikevel være klart at personen har ”handlet på vegne av foretaket”, jf strl § 48 a. Dette kan volde særlige problemer i forhold til kravet til skyld. Skyldkravet knytter seg til en bestemt fysisk person det kan bli problematisk å vurdere skyldkravet når gjerningspersonen og hendelsforløpet er ukjent. I forarbeidene er det derimot hevdet at ”ved å se på de objektive forhold ved handlingen, kan man som oftest trekke slutninger om noen har handlet uaktsom.”³² Høyesterett har imidlertid lagt til grunn at ansvaret fortsatt ikke blir objektivt. Rt 1988 s. 1356 gjaldt foretaksstraff etter forurensningsloven. Foretaket hadde sluppet ut giftig gass som medførte skader på miljøet. Aktsomhetsvurdering knyttet seg til personen med ansvaret for sikkerhetsspørsmål i foretaket. Denne personen var imidlertid ikke kjent. Førstevoterende uttalte da ” Når det ikke er kjent hvilken person innenfor bedriften som har ansvaret for en handling eller unnlatelse, må aktsomhetsbedømmelsen nødvendigvis få et objektivt preg. Det lar seg således ikke gjøre å bringe på det rene hvilken viten vedkommende faktisk hadde; man må nøye seg med å spørre hva vedkommende burde vite eller bringe på det rene”.³³ Retten tok deretter stilling til vedkommendes skyld, og fant at handlingen kunne karakteriseres som uaktsom.

Et spørsmål som oppstår i lys av denne dommen er om det er mulig å statuere såkalt anonymt forsett. Problemstillingen er altså om foretaket må frifinnes dersom det foreligger anonyme feil og uaktsom overtredelse ikke er straffbart. Forsettet vurderes normalt opp mot de subjektive vurderinger gjerningspersonen foretok på gjerningstidspunktet. Da det ikke foreligger noen konkret gjerningsperson å vurdere kan det være tvilsomt om skyldformen forsett kan statueres. Forarbeidene er åpne for at straff ilegges også med bakgrunn i anonymt forsett.³⁴ I slike situasjoner vil det trolig være vanskelig å føre bevis for at slikt forsett foreligger. Man er i så fall henvist til å se på de ytre omstendighetene rundt hand-

³¹ Matningsdal (2003) s. 394, NOU 1989:11 s. 15 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 14

³² NOU 1989:11 s. 15

³³ Rt 1988 s. 1356, s. 1360

³⁴ NOU 1989:11 s. 16

lingen. Å statuere anonymt forsett vil for eksempel være mulig ved ildspåsettelse der man etter tekniske undersøkelser kan fastslå at brannen var forsettlig påsatt. Konklusjonen blir dermed at foretaket kan straffes for anonyme feil, også når skyldkravet i straffebudet er forsett.

Med kumulative feil menes at ingen enkeltpersoner alene har oppfylt straffbarhetsvilkårene. Derimot kan vilkårene oppfylles ved å summere handlingene til de enkeltpersoner som har handlet på vegne av foretaket.³⁵ Situasjonen blir da slik at ingen enkeltperson kan straffes, men at foretaket straffes fordi flere personers samlede opptreden har oppfylt straffbarhetsvilkårene. Straff på grunnlag av kumulativ feil kan bare bli aktuelt dersom skyldkravet i straffebudet er uaktsomhet. Dersom straffebudet krever forsett blir følgelig foretaket å frifinne. Høivik³⁶ begrunner dette med at ”forsettskravet inneholder en psykologisk komponent som forutsetter en individuell gjerningsperson.” Dette er logisk, da flere personer som handler uaktsomt vanskelig kan sies å ha noen felles vilje om å handle slik straffebudet beskriver.

Ansvar for anonyme og kumulative feil innebærer at ansvaret nødvendigvis blir strengere, uten at meningen har vært å innføre et objektivt ansvar, jf ovenfor pkt 3.2.2. Høyesterett understreker i Rt 2002 s. 1312 at lovgiver ved denne ordningen har ”etablert et kollektivt skyldkrav”.³⁷ I samme dom uttales at dersom foretaksstraff skal anvendes ”må det enten foreligge skyld ... eller anonyme og kumulative feil”. Spørsmålet er da om Høyesterett virkelig har ment at skyldkravet ikke gjelder ved anonyme og kumulative feil. Sannsynligvis kan ikke denne uttalelsen tas på ordet, da dette tilsynelatende står i motstrid til uttalelsen om et kollektiv skyldkrav. For øvrig er denne uttalelsen uten betydning for resultatet og harmonerer ellers dårlig Høyesteretts argumentasjon i dommen.

³⁵ Høivik (2012) s. 216

³⁶ Høivik (2012) s. 220

³⁷ Rt 2002 s. 1312, s. 1318

Resultatet må dermed være at skyldkravet i strl § 40 gjelder også ved anonyme og kumulative feil, men at vurderingen av skylden får et objektivt preg.

3.2.4 Særlig om skyldkravet til ledelsen og systemsvikt i organisasjonen

I det følgende forutsettes at en ansatt har overtrådt et straffebud med den nødvendige graden av skyld. Problemstillingen videre blir da om det kan oppstilles et tilleggsvilkår for å ilegge foretaksstraff; enten at ledelsen har utvist subjektiv skyld eller at det foreligger såkalt systemsvikt i foretaket. Med systemsvikt menes at driften i foretaket er lagt opp slik at den ikke i tilstrekkelig grad forhindrer lovbrudd. Skylden knyttes da ikke til en enkeltperson, men til foretakets organisering. Disse to tilfellene kan sees som to sider av samme sak da begge spørsmål forutsetter at det gjøres en form for dobbelt skyldvurdering. For systemsviktens vedkommende er problemstillingen om foretaket har gjort alt som kan kreves for å forhindre lovbrudd. Et eventuelt skyldkrav til ledelsen blir en noe mer alminnelig skyldvurdering. Disse to typetilfellene behandles i det følgende under ett.

Å oppstille et slikt tilleggsvilkår har primært blitt hevdet teorien, og da først og fremst av Eskeland. Et tilleggsvilkår om systemsvikt i organisasjonen eller skyld i foretakets ledelse følger imidlertid ikke av ordlyden i strl § 48 a. Spørsmålet blir da om et slikt vilkår må innfortolkes i lys av andre rettskildefaktorer.

Forarbeidene gir begrenset støtte for at et slikt vilkår. Det fremholdes allikevel at straff for hendelige uhell og force majeure ikke er aktuelt. Straffelovskommisjonen avviser imidlertid straffeansvar dersom ”foretaket har foretatt alt som er praksis mulig for å unngå uhell, og dette likevel har skjedd på grunn av helt ekstraordinære forhold”.³⁸ Å hevde at dette medfører et krav til skyld hos ledelsen er nok å strekke uttalelsen i forarbeidene langt. Eskeland³⁹ argumenterer imidlertid for et slikt syn, og hevder ledelsen må bebreides for å ilegge foretaksstraff. I teorien for øvrig avvises imidlertid et slikt tilleggsvilkår for fore-

³⁸ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 14

³⁹ Eskeland (2006) s. 355

taksstraff.⁴⁰ Det kan anføres hensyn som begrunner et slikt tilleggsvilkår. For eksempel er det normalt en klar forutsetning at den som straffes kan bebreides. I tilfeller der foretaket som sådan ikke kan bebreides er det mindre naturlig å reagere med straff. Videre kan det hevdes at den preventive effekten ikke blir mindre ved at man oppstiller et skyldkrav til ledelsen.⁴¹ Slike betraktninger kan allikevel ikke være tilstrekkelig da lovgiver ikke har tatt stilling til spørsmålet verken i lovteksten eller i forarbeidene. Rettspraksis som oppstiller et slikt krav finnes heller ikke.

I Rt 2007 s. 1684 fikk denne problemstillingen sin endelige avklaring. Ved utslipp av ammoniakk forårsaket en ansatt omfattende fiskedød, og det ble utferdiget et forelegg for brudd på forurensningsloven. Forsvareren hevdet foretaket måtte frifinnes idet det ikke forelå subjektiv skyld i ledelsen. Høyesterett uttalte at ”det ikke er et vilkår at foretakets ledelse har utvist subjektiv skyld for å bli ilagt foretaksstraff.”⁴² Konklusjonen er dermed at systemsvikt i organisasjonen eller skyld i ledelsen ikke er et vilkår.

3.3 Tilregnelighet

Et vilkår for straff er normalt at handlingen er begått av en tilregnelig person, jf strl § 44. En person blir følgelig straffefri om han på gjerningstidspunktet var psykotisk, psykisk utviklingshemmet i høy grad eller bevisstløs. En slik person kan normalt ikke bebreides for sine handlinger, og dermed svikter forutsetningen for å straffe. Personen har altså ikke skylddevne.⁴³

I utgangspunktet gjelder dette også i saker om foretaksstraff. Foretaket kan imidlertid straffes ”selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen”, jf strl § 48 a. Dersom man tar loven på ordet innebærer dette at foretaket kan straffes selv om gjerningspersonen er

⁴⁰ Axelsen (2009) s. 208, Matningsdal (2003) s. 400 og Høivik s. 214

⁴¹ Eskeland (2006) s. 356

⁴² Rt 2007 s. 1684, avsnitt 37

⁴³ Eskeland (2006) s. 327

utilregnelig. Ifølge forarbeidene er dette en nødvendig konsekvens av at ansvaret også omfatter anonyme og kumulative feil. Dette er naturlig, idet man nødvendigvis ikke kan vurdere tilregneligheten til en anonym person. Det fremheves likevel at straffeansvar vil være lite rimelig ”dersom handlingen er begått av en utilregnelig person, og foretaket ikke er noe å bebreide”.⁴⁴ Den konkrete vurderingen er i et slikt tilfelle overlatt til rettens skjønn.

3.4 Straffefrihetsgrunner

En enkeltperson kan ikke straffes dersom det foreligger en straffefrihetsgrunn. Med straffefrihetsgrunner menes handlinger som er foretatt i nødverge eller i medhold av nødrett, jf strl §§ 47 og 48. Dette gjelder også på foretaksstraffens område, og er forutsatt i forarbeidene.⁴⁵ For eksempel blir foretaksstraff ikke å idømme hvis en ansatt avverger et tyveri ved en ellers straffbar legemskrenkelse.

Ovenfor har de generelle vilkårene for foretaksstraff blitt gjennomgått. Fremstillingen viser at vilkårene for foretaksstraff langt på vei samsvarer med vilkårene for å straffe fysiske personer. Allikevel utvides rammene for foretaksansvaret da også anonym og kumulativ skyld rammes. I det følgende skal det rettes fokus mot det særegne med foretaksansvaret: Tilknytningsvilkåret ”på vegne av foretaket”.

4 Tilknytningsvilkåret ”på vegne av foretaket”

4.1 Innledning

I det følgende er temaet hvilke fysiske og juridiske personer som kan pådra foretaket straffansvar. Videre skal det drøftes om enkelte handlinger er av en slik karakter at de faller utenfor foretaksansvaret. Etter strl § 48 a må gjerningspersonen handle ”på vegne av” foretaket. Det er altså et vilkår for foretaksstraff at gjerningspersonen må være tilknyttet foretaket gjennom et representasjonsforhold.⁴⁶ Foretaket identifiseres altså med en fysisk person

⁴⁴ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 15

⁴⁵ NOU 1989:11 s. 15 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 14

⁴⁶ Høivik (2012) s. 22

dersom tilknytningskravet er oppfylt. Dette vilkåret har to sider. For det første må det foreligge et rettsforhold mellom foretaket og gjerningspersonen, typisk en arbeidsavtale eller liknende. Dette benevnes i det følgende som kravet til personell tilknytning. For det andre er det en grense for hvilke handlinger foretaket hefter for. Dette betegnes som kravet til funksjonell tilknytning.⁴⁷ I det følgende er problemstillingen hvilke krav som stilles til denne tilknytningen for å ilegge foretaksstraff.

4.2 Kravet til personell tilknytning

4.2.1 Utgangspunkter

Hvilke personer som kan pådra foretaket straff beror på en tolkning av strl § 48 a. Uttrykket ”på vegne av” gir imidlertid liten veiledning. Ordlyden gir visse holdepunkter for å kreve at gjerningspersonen må representere foretaket, men det er ikke klart hvilke stillinger eller verv som omfattes. Det fremgår ikke klart av ordlyden hvilke krav man må stille til tilknytningen mellom foretaket og gjerningspersonen.

I forarbeidene trekkes en parallell til arbeidsgiveransvaret i skadeserstatningsloven § 2-1. En tilsvarende avgrensning skal også gjelde for foretakets straffansvar. Arbeidsgiveransvaret begrenser seg imidlertid til ansatte, mens foretaksstraffen strekker seg lengre enn dette. I forarbeidene nevnes ansatte, selvstendige oppdragstakere og selskapets organer som eksempler på hvem som kan tenkes å handle på vegne av selskapet.⁴⁸ Etter dette kan det legges til grunn at foretaket hefter for en forholdsvis vid krets av personer. Det må allikevel foretas en avgrensning: Personer med fjern tilknytning kan allikevel ikke pådra foretaket straffeansvar. Spørsmålet er da hvor denne grensen trekkes.

⁴⁷ Matningsdal (1996) s. 101

⁴⁸ NOU 1989:11 s. 17

I forarbeidene vises det til en avgrensning mot utenforstående, uten at dette gir særlig veiledning.⁴⁹ Ifølge Matningsdal⁵⁰ kreves at ”vedkommende må ha positiv hjemmel for å handle” for foretaket. Med dette menes at gjerningspersonen må ha rettsgrunnlag for å representere selskapet, typisk ved lov, sedvane eller avtale.

I det følgende skal de ulike tilknytningsforholdene til foretaket drøftes nærmere. Det gis en oversikt over personkretsen som kan tenkes å handle på vegne av foretaket. Temaet blir da å trekke fram typiske personer foretaket hefter for og gi eksempler på personer som ikke kan pådra foretaket straffeansvar.

4.2.2 Ansatte

Etter en naturlig språklig forståelse handler ansatte ”på vegne av foretaket”. Arbeidsavtalen gir også normalt hjemmel til å handle på foretakets vegne, slik at foretakets ansatte identifiseres altså med foretaket i kraft av sin stilling. Kravet til personell tilknytning er da oppfylt. Det spiller ingen rolle hvor de ansatte befinner seg i hierarkiet, da både ordinære og ledende ansatte kan pådra foretaket straffeansvar. Ved tvil om tilknytningskravet er oppfylt, eller om foretaksstraff bør ilegges kan det allikevel legges vekt på om den ansatte har en høy stilling.⁵¹

At foretaket hefter for sine ansatte har sammenheng med foretakets rett til instruksjon og kontroll.⁵² Da foretaket har alminnelig styringsrett er det naturlig at ansattes lovbrudd kan pådra foretaket straff. Enkelte ansatte har allikevel en særlig frihet som ikke er underlagt foretakets instruksjon. Spørsmålet er da om gjerningspersonen ikke handler på vegne av foretaket fordi instruksjonsretten er avskåret eller begrenset. Denne problemstillingen er ikke behandlet i forarbeidene.

⁴⁹ NOU 1989:11 s. 16

⁵⁰ Matningsdal (1996) s. 101

⁵¹ Høivik (2012) s. 244, NOU 1989:11 s. 17 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 18

⁵² Høivik (2012) s. 245

Dette var tema i Rt 1998 s. 652. Spørsmålet var om en avis kunne idømmes foretaksstraff fordi en ansatt ulovlig hadde benyttet en politiradio i sitt arbeid som journalist. Det ble hevdet at foretaksstraff var avskåret, idet styret ikke kunne instruere redaktøren. Høyesterett avviste denne anførselen på bakgrunn av at journalisten var en ordinær ansatt, ikke en selvstendig oppdragstaker. Journalisten var dermed så sterkt knyttet til foretaket gjennom sitt virke at den begrensede instruksjonsretten ikke kunne være avgjørende.⁵³

Styrets begrensede instruksjonsrett ovenfor redaktøren ble også behandlet i Rt 2001 s. 837. Saken gjaldt rettergangsbet etter at redaktører nektet å etterkomme pålegg om utlevering av bilder. I lys av styrets begrensede instruksjonsrett ble det vurdert om redaktøren hadde handlet ”på vegne av foretaket”. Høyesterett kom til styret hadde full instruksjonsrett, idet saken falt utenfor pressens kildevern. Redaktøren ble dermed ansett for å ha handlet på vegne av foretaket, og foretaksstraff ble ilagt.⁵⁴

I Rt 2001 s. 1379 hadde en eller flere journalister hadde ervervet narkotika for å skrive en artikkel om stoffproblemer i Stavanger. Handlingen hadde skjedd i samråd med vakthavende leder på tidspunktet. Det ble på samme måte hevdet at instruksjonsretten var begrenset, slik at handlingen ikke var foretatt ”på vegne av foretaket”. Dette førte ikke fram, og Høyesterett uttalte at ”instruksjon og kontroll av egne tilsette ikke er kriterium for avgrensning av ”på vegne av”. Avisen ble allikevel ikke ilagt foretaksstraff fordi det ikke ble ansett hensiktsmessig.⁵⁵

De nevnte dommene viser at foretakets begrensede rett til instruksjon og kontroll ikke er avgjørende. Særlig gjelder dette der den ansatte handler innenfor foretakets naturlige virke og innenfor sitt arbeidsområde. Dette kan muligens stille seg annerledes om handlingen er

⁵³ Rt 1998 s. 652, s. 653 og Høyvik (2012) s. 247

⁵⁴ Rt 2001 s. 837, s. 842

⁵⁵ Rt 2001 s. 1379, s. 1381

mer fjernliggende i forhold til foretakets virksomhet. Det kan altså tenkes at foretaket blir ansvarsfri om handlingen har løs tilknytning til vedkommendes arbeidsoppgaver.⁵⁶ På dette punkt glir vurderingen over i kravet til funksjonell tilknytning, jf nedenfor. Hovedregelen er imidlertid klar: Ansatte handler ”på vegne av foretaket”.

4.2.3 Selvstendige oppdragstakere

Ordlyden i strl § 48 a er åpen for at selvstendige oppdragstakere kan pådra foretaket straff. Dette er også forutsatt i forarbeidene.⁵⁷ Det er altså ikke nødvendig å trekke et skarpt skille mellom ansatte og selvstendige oppdragstakere. Allikevel kan det innvendes at foretaket ikke har samme rett til instruksjon og kontroll ovenfor en selvstendig oppdragstaker. Følgelig kan det være mindre grunn til å straffe foretaket (dvs. oppdragsgiver) dersom en selvstendig oppdragstaker har gjort seg skyldig i lovbruddet. Spørsmålet er om det må oppstilles et tilleggsvilkår for å ivareta dette hensynet.

Hovedformålet med foretaksstraffen er å styrke straffens preventive virkning. Allikevel er dette hensynet dårlig ivaretatt dersom foretaket ikke har en realistisk mulighet til å forhindre lovbruddet. Straffetrusselen vil ikke ha noen virkning dersom foretaket uansett er avskåret fra å styre oppdragstakeren gjennom instrukser og kontroll. I lys av dette er det grunn til å være tilbakeholden med straff dersom den straffbare handlingen er foretatt av en selvstendig oppdragstaker. Straff bør bare benyttes dersom foretaket er å bebreide. Dette er normalt ikke tilfelle med mindre foretaket har hatt mulighet til å styre oppdragstakerens atferd. Problemstilling er om selvstendige oppdragstakere kan pådra oppdragsgiver straff på samme vilkår som ansatte.

Denne problemstillingen ble drøftet i Rt 1982 s. 645. Spørsmålet var om en byggherre kunne idømmes foretaksstraff for entreprenørens brudd på arbeidsmiljøloven. Ifølge Høyesterett beror dette på en konkret vurdering. Et sentralt moment i denne vurderingen var om

⁵⁶ Høivik (2012) s. 249

⁵⁷ NOU 1989:11 s. 17

byggherren ”har hatt en reell myndighet til instruksjon og kontroll.”⁵⁸ Spørsmålet var altså om oppdragsgiver har hatt noen praktisk mulighet til å påvirke utførselen av oppdraget. Retten vurderte de konkrete forholdene i sakene og kom til at byggherren ikke hadde slik myndighet. Byggherren ble dermed frifunnet.

Utgangspunktet kan dermed tas i Rt 1982 s. 645. Her oppstilles et tilleggskrav om at foretaket må ha ”reell myndighet til instruksjon og kontroll”. Et slikt vilkår er også lagt til grunn i forarbeidene.⁵⁹ Tilsvarende syn er å finne hos Høivik⁶⁰, som fremholder at oppdragsgiver A kan straffes ”dersom A har hatt reell mulighet til å innvirke på hvordan oppdragstakeren skal utføre oppdraget”. Konklusjonen blir dermed at foretaket/oppdragsgiver bare kan idømmes foretaksstraff dersom foretaket har hatt mulighet til instruksjon og kontroll. I motsatt fall er tilknytningsvilkåret ikke oppfylt. Et eksempel der foretaksstraff kan idømmes er når en entreprenør utfører arbeid på en byggeplass der oppdragsgiver har det overordnede ansvaret for driften av prosjektet. Dersom oppdragsgiver har ansvaret for sikkerheten på stedet kan foretaksstraff være aktuelt dersom kravet til forsvarlig arbeidsmiljø ikke er oppfylt.

Det neste spørsmålet blir da hva som er innholdet i dette vilkåret. I forarbeidene fremholdes at straff lettere kan idømmes dersom ”oppdraget er av en slik art at det like gjerne kunne vært utført av foretakets ansatte”.⁶¹ Denne uttalelsen gir ikke mye veiledning. Allikevel er det nærliggende å tolke forarbeidene slik at det kreves forholdsvis nær tilknytning mellom foretaket og den selvstendige oppdragstakeren. Dette vil for eksempel være tilfelle hvis oppdragstakeren jobber side om side med foretakets egne ansatte. For det nærmere innholdet i vilkåret kan rettspraksis kan her gi ytterligere veiledning. Rt 1982 s. 645 (sitert ovenfor) gir her noen momenter. I denne dommen legges det vekt på hvor arbeidet har funnet

⁵⁸ Rt 1982 s. 645, s. 646

⁵⁹ NOU 1989:11 s. 17 og Ot.prp nr.27 (1990-1991) s. 19

⁶⁰ Høivik (2012) s. 253

⁶¹ NOU 1989:11 s. 17

sted, om oppdragsgiver har protestert mot lovbruddet og hvorvidt oppdragstaker har hatt den reelle ledelsen på stedet lovbruddet skjedde.

4.2.4 Foretakets organer

Det er ikke tvilsomt at foretakets organer har kompetanse til å handle på vegne av foretaket. De nærmere reglene om kompetansefordelingen fremgår av de lover som gjelder for hver enkelt foretaksform, for eksempel aksjeloven eller selskapsloven. Typiske organer som handler på vegne av foretaket er generalforsamling og styret i aksjeselskaper og selskapsmøtet i ansvarlige selskaper. Andre foretaksformer har normalt et styre som har tilsvarende stilling. At selskapets organer kan tenkes å pådra selskapet straff er forutsatt i forarbeidene.⁶² Disse organene har alminnelig beslutningsmyndighet i selskapet. Det er da også opplagt at organenes beslutninger er foretatt ”på vegne av foretaket”. Det skal imidlertid presiseres at selskapets organer fatter vedtak i fellesskap. Beslutning fra generalforsamlingen og styret krever som hovedregel alminnelig flertall, jf asl §§ 5-17 og 6-25. I selskapsmøtet kreves enstemmighet fra samtlige deltakere, jf sel § 2-12. Et medlem av disse organene har derimot ingen beslutningsdyktighet alene, og kan således heller ikke handle ”på vegne av foretaket”. Dette gjelder imidlertid ikke om gjerningspersonen samtidig er ansatt i foretaket.

4.2.5 Deltakere

Spørsmålet er her om en deltaker i egenskap av å være aksjeeier oppfyller kravet til personell tilknytning. Deltakere som handler på vegne av selskaper gjennom verv, arbeidsforhold eller kontrakt er behandlet ovenfor. Her forutsettes at gjerningspersonen ikke er ansatt eller medlem av foretakets organer. Problemstillingen er da om en deltaker kan pådra selskapet straff utelukkende fordi vedkommende har en eierandel i selskapet.

I utgangspunktet skal ikke deltakere i aksjeselskaper identifiseres med selskapet. Dette følger av ansvarsbegrensningen i asl § 1-2. En aksjeeier har heller ikke kompetanse til å hand-

⁶² NOU 1989:11 s. 17 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 18

le på vegne av foretaket, da denne er tillagt generalforsamlingen, styret og den daglige ledelse, jf ovenfor. På bakgrunn av dette kan det vanskelig hevdes at en deltaker handler ”på vegne av foretaket”.⁶³ Med inspirasjon fra erstatningsretten og selskapsretten er unntak allikevel ikke utenkelig.

I selskapsrettslig litteratur har det blitt hevdet at ansvarsbegrensningen i asl § 1-2 unntaksvis kan falle bort. Etter en konkret vurdering kan en aksjeeier bli ansvarlig for selskapets forpliktelser dersom det vil være meget urimelig ovenfor kreditor å opprettholde ansvarsbegrensningen. Identifikasjon kan tenkes basert på reelle hensyn og omgåelsesbetraktninger.⁶⁴ I juridisk litteratur har dette unntaket blitt betegnet som læren om ansvarsgjennombrudd. Læren er ulovfestet, og har ikke fått sin endelige avklaring i rettspraksis.

Spørsmålet er så om det kan oppstilles et tilsvarende unntak for å ilegge foretaksstraff. Vurderingen her blir allikevel noe annerledes. Spørsmålet er ikke om en aksjeeier kan holdes ansvarlig for foretakets forpliktelser. Problemstillingen er derimot om en aksjeeier kan pådra foretaket økonomiske sanksjoner i form av en bøtestraff. Dette kan i så fall betegnes som et omvendt ansvarsgjennombrudd.

Et slikt syn har ingen støtte i lovteksten, forarbeidene eller rettspraksis. Høivik argumenterer imidlertid for at foretaket kan straffes for aksjeeierens straffbare handlinger. Særlig gjelder dette dersom vedkommende har bestemmende innflytelse i kraft av å være eneaksjeeier.⁶⁵ En slik regel må i så fall oppstilles med grunnlag i reelle hensyn, analogier og omgåelsesbetraktninger.

⁶³ Høivik (2012) s. 240

⁶⁴ Woxholth (2010) s. 115-116

⁶⁵ Høivik (2012) s. 243

Hovedregelen er imidlertid klar. En aksjeeier oppfyller ikke kravet til personell tilknytning. Det finnes få rettskilder som støtter Høiviks syn. Det må dermed kreves meget tungtveien-
de for å begrunne et slikt unntak.

Jeg kan ikke se hensyn av vekt som kan begrunne et slikt resultat. Prevensjonshensynet taler i utgangspunktet mot et slikt unntak. Det er ikke grunn til å tro at en slik regel ville styrke straffens preventive virkning. I et slikt tilfelle vil individuelt straffansvar være tilstrekkelig, da frihetsstraff normalt er en langt mer alvorlig straffetrussel en foretaksbøter. En aksjeeier vil sannsynligvis i større grad vike tilbake for slike handlinger dersom han risikerer fengselsstraff. Dersom handlingen har ført til vesentlig vinning for foretaket er det økonomiske aspektet ivaretatt ved inndragning. Det spiller ingen rolle om gevinsten er i foretakets besittelse, da utbyttet inndras ovenfor den som sitter med dette, jf strl § 34. Reelle grunner for å oppstille et slikt unntak er da ikke tilstede. Konklusjonen blir dermed at aksjeeiere ikke oppfyller kravet til personell tilknytning. Det er heller ikke grunnlag for å oppstille et unntak fra dette utgangspunktet.

4.3 Kravet til funksjonell tilknytning

4.3.1 Utgangspunkter

Noen handlinger er av en slik art at de neppe kan sies å være begått ”på vegne av foretaket”. Ordlyden i strl § 48 a setter således en grense for hvilke handlinger foretaket hefter for. Handlinger der arbeidstaker ”går utenfor det som er rimelig å regne med” faller utenfor arbeidsgiveransvaret. Denne begrensningen gjelder også for foretakets straffeansvar, jf ovenfor.⁶⁶ Det er allikevel uttalt at rammene for foretaksansvaret må forstås noe snevrere. Dette begrunnes med at foretaksstraffens formål først og fremst er prevensjons, mens arbeidsgiveransvaret er begrunnet i skadelidtes behov for reparasjon.

⁶⁶ NOU 1989:11 s. 16 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 18

Det kan her tas utgangspunkt i to ytterpunkter: På den ene siden kan foretaket klart straffes dersom en ansatt begår en straffbar handling etter ordre fra ledelsen. Et tilfelle som klart faller utenfor er når den ansatte på fritiden begår en straffbar handling klart i strid med foretakets interesser.⁶⁷ Grensen for kravet til funksjonell tilknytning går mellom disse ytterpunktene. Spørsmålet blir da hvor denne grensen skal trekkes.

I det følgende skal det trekkes frem noen momenter som er av betydning for grensdragningen. Spørsmålet vil hele tiden være hvilke handlinger som er begått ”på vegne av foretaket” og hvilke handlinger som faller utenfor dette vilkåret. Det skal rettes et særlig fokus mot den ansattes illojale handlinger og instruksbrudd, som antas å være særlig praktisk.

4.3.2 Gjerningspersonens funksjon og tilknytning

Et utgangspunkt kan tas i gjerningspersonens stilling i foretaket. Dersom den straffbare handlingen har skjedd under utføring av vanlige arbeidsoppgaver i arbeidstiden er tilknytningskravet normalt oppfylt.⁶⁸ Det avgjørende blir da om gjerningspersonen har utøvd sin funksjon i foretaket. Den straffbare handlingen må ha tilstrekkelig tilknytning til denne funksjonen.⁶⁹ Et eksempel på dette kan tenkes dersom en anleggsleder overtrer kravene til et forsvarlig arbeidsmiljø for å oppnå økt effektivitet, jf arbeidsmiljøloven § 19-1. Hvorvidt gjerningspersonen har utført vanlige arbeidsoppgaver må avgjøres etter en tolkning av arbeidsavtalen eller annen hjemmel som knytter gjerningspersonen til foretaket.

Tilknytningskravet kan vanskeligere oppfylles dersom handlingen er foretatt utenfor arbeidsstedet og på fritiden. Det vil da ofte ikke være tilstrekkelig nærhet mellom gjerningspersonens funksjon og lovbruddet.⁷⁰ Hva en arbeidstaker eller oppdragstaker gjør på fritiden vil normalt være foretaket uvedkommende. Foretaket kan da heller ikke forhindre lov-

⁶⁷ Eskeland (2006) s. 362

⁶⁸ Høivik (2012) s. 272

⁶⁹ Askeland (2012) note 77

⁷⁰ Høivik (2012) s. 272

bruddet gjennom instrukser og kontroll, og følgelig gjør ikke prevensjonshensynet seg gjeldene. Hovedregelen må da være at foretaket ikke kan straffes for handlinger begått på fritiden. Unntak kan allikevel tenkes. For eksempel hvis en ansatt på fritiden bryter seg inn hos en konkurrent for å stjele opplysninger. Her kan det være noe mer tvilsomt om handlingen er begått ”på vegne av foretaket”. Dersom handlingen har noe avledet tilknytning til gjerningspersonens arbeidsoppgaver er det avgjørende om gjerningen er begått for å fremme foretakets interesser. Dette er tilfelle dersom foretaket ”oppnår en økonomisk fordel som følge av gjerningsmannens handlinger”.⁷¹ Motsetningsvis er tilknytningskravet ikke oppfylt dersom handlingen utelukkende tjener private interesser, eller hvis handlingen er direkte skadelig for foretaket.

Tilknytningskravet innebærer også at særlig atypiske og helt upåregnelige handlinger faller utenfor. Dette følger av forarbeidenes henvisning til skadeserstatningslovens § 2-1.⁷² Handlinger som ”går utenfor det som er rimelig å regne med” oppfyller da ikke tilknytningsvilkåret. Det må her foretas en påregnelighetsvurdering. Det grunnleggende spørsmålet er da i hvilken grad foretaket kunne forutsett lovbruddet. Dersom handlingen fremstår som særlig usannsynlig vil ikke tilknytningskravet være oppfylt.⁷³ Et eksempel er en butikkansatt som forsettlig setter fyr på lokalene.

Rettspraksis fra erstatningsrettens område kan her gi nærmere veiledning. Her fremgår det at det ikke er grunnlag for ansvar om gjerningspersonen har opptrådt på en atypisk, upåregnelig og ekstraordinær måte. Handlingen kan da vanskelig sies å være begått ”på vegne av foretaket”.⁷⁴ Dersom handlingen har en naturlig sammenheng med gjerningspersonen arbeidsoppgaver er derimot dette vilkåret oppfylt. Tilknytningskravet innebærer at det kreves

⁷¹ Høivik (2012) s. 275

⁷² NOU 1989:11 s. 16 og Ot.prp nr.27 (1990-1991) s. 18

⁷³ Askeland (2002) s. 109

⁷⁴ Se Rt 1959 s. 849, Rt 1982 s. 1349 og Rt 2007 s. 1665

en viss nærhet mellom arbeidsoppgavene og den straffbare handlingen.⁷⁵ Det skal allikevel fremheves at de siterte dommene er hentet fra erstatningsrettens område. På bakgrunn av at straffeansvaret for foretak ikke skal trekkes like langt som erstatningsansvaret er det ikke gitt at resultatet ville blitt det samme om saken hadde omhandlet straff.

4.3.3 Illojale handlinger

Etter en naturlig språklig forståelse av strl § 48 a er klart illojale handlinger ikke foretatt på vegne av foretaket. Om gjerningspersonen ikke tjener foretakets interesser er det unaturlig om å anvende foretaksstraff. Lovbrudd som utelukkende skader foretaket faller dermed utenfor strl § 48 a. Det ville vært lite rimelig om et foretak skulle idømmes straff for en handling som er begått i ren egeninteresse eller er motivert av et ønske om å skade foretaket selv. I forarbeidene legges det også til grunn at klart illojale handlinger ikke er begått på vegne av foretaket⁷⁶. Hvorvidt en handling er illojal må i noen grad bero på skjønn. Høivik⁷⁷ fremholder at en handling først kan karakteriseres som illojal dersom den medfører et pliktbrudd av en viss grovhet. Et typisk eksempel på dette kan tenkes dersom en ansatt i arbeidstiden begår økonomisk kriminalitet i den hensikts å skaffe seg selv uberettiget vinning.

Dette kan illustreres med en avgjørelse fra erstatningsrettens område. I Rt 1982 s. 1349 hadde to ansatte i et renholdsfirmas begått tyverier fra varehuset de arbeidet. Varehuset krevde erstatning etter arbeidsgiveransvaret, men dette ble ikke tatt til følge. Det ble særlig lagt vekt på at handlingene ble begått i egen vinnings hensikt og gjaldt gjenstander renholderne ikke skulle ha befatning med i sitt arbeid.⁷⁸ Handlingens eneste tilknytning til arbeidet var tilgangen til lokalet, men dette ble ikke avgjørende.

⁷⁵ Se Rt 1972 s. 815, Rt og 2008 s. 755

⁷⁶ NOU 1989:11 s. 17

⁷⁷ Høivik (2012) s. 304

⁷⁸ Rt 1982 s. 1349, s. 1353

I motsatt retning går Rt 2008 s. 755. Her stjal en kommunalt ansatt hjelpepleier fra en av brukerne av tjenesten. Høyesterett uttalte her at det er ”intet til hinder for at også tyverier og andre forsettlig skadegjørende handlinger foretatt av en ansatt i strid med arbeidsgiverens interesser kan føre til ansvar for arbeidsgiveren, forutsatt at det foreligger tilstrekkelig nærhet mellom arbeidsoppgavene og handlingen.”⁷⁹ Retten la vesentlig vekt på skadelidtes behov for reparasjon, og kommunene ble antatt å være nærmere til å bære dette tapet en skadelidte selv.

Det skal imidlertid understrekes at saken gjaldt skadelidtes krav på erstatning. I saker om foretaksstraff gjør derimot ikke hensynet til skadelidte seg gjeldene. Begrunnelsen for foretaksstraff er prevensjon, ikke skadelidtes behov for reparasjon. Av den grunn kan ikke straffeansvaret trekkes like langt, noe som er forutsatt i forarbeidene.⁸⁰ Det er grunn til å tro at resultatet ikke ville blitt det samme i en sak om foretaksstraff. Å stjele fra en bruker av hjemmetjenesten kan neppe sies å være begått ”på vegne av” kommunen.⁸¹

Konklusjonen blir dermed at utpreget illojale handlinger ikke er begått ”på vegne av foretaket”. Foretaksstraff er dermed utelukket om handlingen er begått av en arbeidstakerens i egen vinnings hensikt, eller i ren skadehensikt. Et eksempel på dette er at en arbeidstaker utfører forsettlig skadeverk i arbeidstiden.

4.3.4 Instruksbrudd

Dersom gjerningspersonen har brutt en intern instruks er spørsmålet om han fortsatt handler på vegne av foretaket. Dette temaet har en del likheter med de problemstillinger som er drøftet ovenfor, men skiller seg allikevel ut på enkelte punkter. En instruks har ofte til formål å forebygge lovbrudd i organisasjonen, og står da i en spesiell stilling. En særlig drøftelse om betydning av instruksbrudd er derfor hensiktsmessig. Generelt sett er det mindre

⁷⁹ Rt 2008 s. 755, avsnitt 45

⁸⁰ NOU 1989:11 s. 17

⁸¹ Høivik (2012) s. 289

grunn til å identifisere gjerningspersonen med foretaket dersom en instruks er brutt. Foretaket har selv søkt å avverge slike straffbare handlinger gjennom å utforme interne retningslinjer. Det er derfor grunn til å anta at gjerningsmannen vanskeligere kan sies å handle ”på vegne av foretaket” dersom det foreligger et instruksbrudd.

Ordlyden i strl § 48 a er åpen for å idømme foretaksstraff selv om en intern instruks er brutt. At man handler ”på vegne av foretaket” vil allikevel innebære at man lojalt innretter seg etter foretakets interesser og følger interne retningslinjer. I forarbeidene forutsettes allikevel at instruksbrudd ikke nødvendigvis fritar for foretaksstraff.⁸² Av rettspraksis fremgår at spørsmålet ikke kan besvares generelt, men beror på en konkret vurdering der en rekke momenter er av betydning. Det er flere eksempler på at foretaksstraff har vært ilagt selv om en intern instruks er brutt.⁸³ Spørsmålet er da hva som skal til for at gjerningspersonen ikke handler på vegne av foretaket.

I Rt 1993 s. 459 var spørsmålet om en ansatt hadde handlet ”på vegne av foretaket” da han unnlot å fortolle varer han hadde med seg over grensen. En instruks om fortolling av varer var brutt, men dette var ikke avgjørende. Høyesterett kom til at handlingen ikke var et ”utpreget illojalt forhold ovenfor arbeidsgiveren”, og at arbeidstakeren dermed hadde handlet ”på vegne av foretaket”. I den grad handlingen må karakteriseres som illojal er tilknytningskravet ikke oppfylt, jf drøftelsen like ovenfor. Nyere rettspraksis om instruksbrudd viser allikevel at rettstilstanden er noe mer nyansert enn dommen gir uttrykk for. Hvorvidt handlingen er illojal er bare ett av flere momenter i denne vurderingen.⁸⁴

Hvorvidt lovbruddet er begått i foretakets interesse skal etter rettspraksis tillegges vekt. Dersom instruksen er brutt for å øke effektiviteten i arbeidet og generere profitt, er lovbruddet i foretakets interesse. Det blir da naturlig å si at gjerningspersonen ”handler på

⁸² NOU 1989:11 s. 17

⁸³ Se for eksempel Rt 1993 s. 459 og Rt 2007 s. 1684

⁸⁴ Rt 1993 s. 459, s. 461

vegne av foretaket”. Dette var et tema i Rt 2011 s. 1738. Et rederi hadde formant de ansatte på ei selfangstskute om å overholde de offentlige reglene for selfangst. Da fangstreglene ble brutt ble det lagt vesentlig vekt på at ”overtredelsen har skjedd i foretakets interesse og har sitt grunnlag i et ønske om fangsteffektivitet”.⁸⁵ Det ble videre vist til at en formaning om overholdelse av regelverket ikke var tilstrekkelig. Det kreves mer aktive handling i form av organisatoriske tiltak og kontrollordninger. Resultatet ble dermed at foretaksstraff ble ilagt.

Spørsmålet i dommen var riktignok om foretaksstraff bør ilegges etter den skjønnsmessige vurderingen i strl § 48 a (kan-skjønnet). I denne vurderingen skal det blant annet legges vekt på om ”overtredelsen er begått for å fremme foretakets interesser”, jf strl § 48 b. Dette momentet har også stor betydning når det skal avgjøres om gjerningspersonen ”handler på vegne av foretaket”, jf ovenfor pkt 4.3.1. Dommen er da også relevant ved vurderingen av vilkårene for foretaksstraff.

Matningsdal⁸⁶ fremholder at det lettere kan ilegges ansvar ved brudd på en generell instruks, enn et konkret pålegg. Dette er for så vidt naturlig, da en arbeidstaker normalt vil føle seg mer bundet av en instruks som retter seg direkte mot han i tilknytning til et bestemt oppdrag.

Et annet moment som trekkes frem i rettspraksis er sannsynligheten for at instruksene ville bli brutt. Dersom instruksbrudd er påregnelig er dette et moment som taler for at gjerningspersonen ”handler på vegne av selskapet”. I Rt 2007 s. 1684 hadde en ansatt forurenset en elv ved å tømme ut ammoniakkholdig vann. Ledelsen hadde ved muntlig instruks gitt den ansatte beskjed om at ammoniakken måtte behandles forsvarlig. Høyesterett la stor vekt på at det var påregnelig at instruksene ville bli brutt, idet arbeidstakeren hadde gitt beskjed om at han aktet å tømme ut ammoniakken. Dette foranlediget ikke konkrete tiltak for å sikre at

⁸⁵ Rt 2011 s. 1738, avsnitt 38

⁸⁶ Matningsdal (2003) s. 399

ammoniakken ble behandlet forsvarlig. Høyesterett kom da til at arbeidstakeren hadde handlet ”på vegne av foretaket”, og foretaksstraff ble ilagt.⁸⁷ Dette synspunktet er også i tråd med forarbeidene, hvor det uttales at ”instruksbrudd fritar bare for ansvar hvis foretaket ikke kunne ha forutsatt at instruksen blir brutt”.⁸⁸

Dersom instruksbrudd er påregnelig er altså det avgjørende om foretaket har redusert påregneligheten. I dommen ovenfor etterlyste retten at foretaket tok konsekvensene av gjerningspersonens uttalelser og bestilte bortkjøring av ammoniakken. Foretaket hadde trolig blitt ansvarsfri om det hadde blitt iverksatt tiltak utover muntlige oppfordringer. Dommen er streng, og ansvaret trekkes her nokså langt. Trolig kan dommen karakteriseres som et grensetilfelle hvor det var tvilsomt om tilknytningskravet var oppfylt. Allikevel har resultatet klar støtte i preventive hensyn, da det oppstilles en tiltaksplicht utover å gi muntlige pålegg. Dette gir foretaket en særlig oppfordring til å avverge lovbrudd dersom dette anses nærliggende. Det kreves altså at foretaket har gjort konkrete, fysiske tiltak når påregneligheten for lovbrudd er stor. Hadde foretaket hatt klarere formelle retningslinjer for behandling av ammoniakk hadde dette også trukket i retning av ansvarsfrihet.

I forarbeidene er det videre fremhevet at instruksbrudd ikke kan frita for foretaksstraff dersom instruksen er av en slik art den er umulig eller meget vanskelig å etterkomme.⁸⁹ Foretaket kan dermed ikke pulverisere ansvaret ved å gi urimelig strenge instruks. I HR-2012-01016-A finnes det spor av slike synspunkter. Saken gjaldt foretaksstraff for brudd på arbeidsmiljøloven etter en fallulykke. Det fremgår av faktum at langvarig praksis i strid med selskapets sikkerhetsinstrukser førte til ulykken. Instruksen ble brutt fordi arbeidet ble vesentlig vanskeliggjort ved å følge instruksene.⁹⁰ Instruksbruddet utelukket likevel ikke fore-

⁸⁷ Rt 2007 s. 1684 avsnitt 31-35

⁸⁸ NOU 1989:11 s. 17

⁸⁹ NOU 1989:11 s. 17

⁹⁰ HR-2012-01016-A, avsnitt 34-38

taksstraff og ansvar ble ilagt. For Høyesterett var spørsmålet også denne gang om foretaksstraff bør ilegges, jf ovenfor.

Det særegne med dommen var at foretaket hadde en organisasjon som var bygget for å håndtere slik svikt i sikkerheten. Problemet var at ansatte og mellomledere ikke rapporterte slik de var forpliktet til. Dommen viser at det ikke er tilstrekkelig å ha gode instruksjoner og en organisasjon som søker å avverge slike lovbrudd. Da foretaket ikke hadde evnet å gjennomføre disse tiltakene i praksis ble ikke de ansattes opptreden ansatt å være tilstrekkelig illojal.

Konklusjonen må etter dette bli at instruksbrudd ikke ubetinget fører til at handlingen ikke er foretatt ”på vegne av foretaket”. Det kan vanskelig tenkes at et instruksbrudd kan føre til ansvarsfrihet, med mindre handlingen samtidig kan karakteriseres som illojal, jf ovenfor. Avgjørelsen beror imidlertid på en bred helhetsvurdering. Illojalitet vil normalt innebære et pliktbrudd av en viss grovhet. Momenter i denne vurderingen er lovbruddets påregnelighet, hvorvidt lovbruddet er begått i foretakets interesse, samt instruksen art og innhold.

Rettspraksis viser altså at ansvaret er forholdsvis strengt. Det skal svært mye til for å karakterisere en handling som illojal. Det er få eksempler på at foretaksstraff ikke blir ilagt fordi tilknytningsvilkåret ikke er oppfylt.

4.4 Konsernforhold

Dersom gjerningspersonen opptrer på vegne av et selskap i konsern oppstår spørsmålet om hvilket foretak som kan holdes strafferettslig ansvarlig. Ansvarssubjektet vil normalt være det foretak gjerningspersonen er ansatt hos eller utfører oppdrag for. Hvis gjerningspersonen handler på vegne av et datterselskap kan det i enkelte tilfelle være et behov for å holde morselskapet ansvarlig. Dersom datterselskapet er insolvent vil det være lite hensiktsmessig å holde dette selskapet ansvarlig, da boten utmåles med hensyn til ansvarssubjektets

økonomi, jf strl § 27. Videre kan det tenkes at datterselskapet har opphørt å eksistere, eller at konsernforholdet på annen måte gjør det mulig å pulverisere straffeansvaret.⁹¹

Spørsmålet er dermed om et morselskap kan holdes strafferettslig ansvarlig for lovbrudd i datterselskapet. Problemstillingen er ikke direkte løst i strl § 48 a. Straffeansvar for morselskap ble vurdert i forarbeidene, men det ble ikke funnet hensiktsmessig å uttrykkelig lovfeste et slikt ansvar.⁹²

Utgangspunktet tas i ordlyden, og spørsmålet blir om gjerningspersonen kan sies å ”handle på vegne av” morselskapet. Problemstilling er dermed om tilknytningskravet er oppfylt også ovenfor morselskapet. Tilknytningskravet er behandlet ovenfor, og de samme momentene som fremheves er også relevante i dette spørsmålet. Generelt kan tilknytningskravet vanskeligere tenkes oppfylt dersom handling er begått av en gjerningsperson som opptrer på vegne av et datterselskap. Tilknytning vil da være mer avledet og indirekte. Etter forarbeidene er dette likevel ikke til hinder for foretaksstraff, men det må også her foretas en konkret vurdering.⁹³

Det første spørsmålet er da om kravet til personell tilknytning er oppfylt. Et morselskap og et datterselskap er to selvstendige juridiske personer. En gjerningsperson som har et ansettelsesforhold hos datterselskapet vil da ikke ha tilstrekkelig personell tilknytning til morselskapet. Dette kan illustreres ved at arbeidsavtalen eller oppdraget for datterselskapet i utgangspunktet ikke gir positiv hjemmel til å handle på vegne av morselskapet.⁹⁴ Dersom mor- og datterselskap har et felles arbeidsgiveransvar, kan dette allikevel innebære at arbeidstakeren har hjemmel til å handle både på vegne av datterselskapet og morselskapet. Her kan det være fruktbart å trekke en parallell til arbeidsretten. Rettspraksis viser her at de

⁹¹ Høivik (2012) s. 312

⁹² NOU 1989:11 s. 18

⁹³ NOU 1989:11 s. 18

⁹⁴ Matningsdal (1996) s. 101

formelle forholdene ikke er avgjørende⁹⁵. Det foretaket som reelt sett er arbeidsgiver utleder følgelig rettigheter og plikter fra arbeidsavtalen. Hvem som reelt sett anses som gjerningspersonens arbeidsgiver må også få betydning for hvilket rettssubjekt som kan ilegges straff etter strl § 48 a.

I Rt 1990 s. 1126 ble en svensk arbeidstaker overført til Norge for å lede opprettelsen av et datterselskap. Han undertegnet ny arbeidsavtale med datterselskapet da dette ble opprettet, slik at arbeidsgiver formelt sett var det nyopprettede selskapet. Han hadde imidlertid rett til å gjeninntre i morselskapets tjeneste. Morselskapet hadde dessuten rett til instruksjon, samt innflytelse på hans lønns- og arbeidsbetingelser. I et søksmål mot morselskapet fant Høyesterett at mor- og datterselskapet hadde et felles arbeidsgiveransvar. Morselskapet ble altså funnet å være part i arbeidsavtalen på grunn av den nære tilknytning til arbeidstakeren. Det ble lagt vekt på at morselskapet hadde ”avgjørende innflytelse på hans lønns- og pensjonsforhold og at han var forpliktet til å følge de direktiver som til enhver tid ble gitt av morselskapets ledelse.”⁹⁶ De samme momentene kan trekkes inn i spørsmålet om gjerningspersonen har handlet på vegne av morselskapet.

Dersom gjerningspersonen handler i morselskapets interesse og innenfor det vedtektsfestede formålet vil trolig kravet til personell tilknytning lettere tenkes oppfylt. Avgjørelsen vil i stor grad bero på skjønn, der gjerningspersonens tilknytning og nærhet til morselskapet blir avgjørende. Dersom morselskapet har hatt myndighet til å instruere gjerningspersonen trekker dette klart i retning av at morselskapet kan ilegges foretaksstraff.

Det kan dermed tenkes at en gjerningsperson straffrettslig kan identifiseres både med morselskapet og datterselskapet. Dette synspunktet støttes av at morselskapet har ”bestemmen- de innflytelse” over datterselskapet, jf aksjeloven § 1-3 (2). Morselskapet har altså innflytelse gjennom sitt stemmeflertall i generalforsamlingen og kan således påvirke driften i

⁹⁵ Rt 1990 s. 1126

⁹⁶ Rt 1990 s. 1126, s. 1133

datterselskapet. Prevensjonshensynet tilsier dessuten at konsernets organisering ikke bør stenge for å ilegge morselskapet foretaksstraff. Det vil da være mulig å pulverisere straffansvaret gjennom å opprette datterselskap som står for lovbruddene.

Det neste spørsmålet er om kravet til funksjonell tilknytning er oppfylt. Denne vurderingen blir den samme som beskrevet ovenfor under pkt 4.3. Dette vilkåret volder altså ikke særlig problemer i konsernforhold. Det er dermed tilstrekkelig å henvise til fremstillingen ovenfor.

Konklusjonen må etter dette bli at morselskapet etter forholdene kan ilegges foretaksstraff for lovbrudd selv om gjerningspersonen formelt sett er tilknyttet datterselskapet. Det avgjørende spørsmålet er om han kan sies å "handle på vegne av" morselskapet. Avgjørelsen må bero på en konkret vurdering der flere momenter er av betydning.

4.5 Særlig om selskapsendringer og eierskifte

Situasjonen er her at gjerningspersonen har foretatt en straffbar handling og kan straffes. Før det foreligger en strafferettslig reaksjon foretas det endringer i selskapsstrukturen, typisk ved overdragelse av aksjer, fusjon, fisjon eller at selskapet blir oppløst. Problemstillingen er da om slike endringer får betydning for foretakets straffeansvar. I et slikt tilfelle vil det ofte ikke eksistere et foretak å fullbyrde straffen ovenfor, eller at foretakstraffen ikke kan fullbyrdes fordi selskapet er tømt for aktiva. Det er imidlertid uheldig om foretaksstraff enkelt kan unngås ved å endre selskapsstrukturen. Dersom samme virksomhet drives videre under en annen juridisk person og med samme ledelse er behovet for å straffe fortsatt til stede. Prevensjonshensyn tilsier også at straffen fullbyrdes ovenfor den juridiske person som sitter med utbyttet av den straffbare handlingen.⁹⁷

Utgangspunktet tas i ordlyden i strl § 48 a. Spørsmålet er da om gjerningspersonen kan sies å ha "handlet på vegne av foretaket" selv etter selvskapsendringene. Ordlyden er i åpen for

⁹⁷ Hartmann (2009) s. 351

at foretaksstraff ilegges selv etter at selskapet endres. Forarbeidene presiserer også at selskapsendringer ”ikke har noen betydning for det strafferettslige ansvar”. Allikevel fremheves det at spørsmålet er best løst i rettspraksis, og at straffansvaret må vurderes konkret i den enkelte sak. Forarbeidene gir heller ikke mange momenter i denne vurderingen⁹⁸. Høivik tar her et annet utgangspunkt: Tilknytningskravet ”på vegne av” knytter seg til gjerningstidspunktet, mens selskapsendringene skjer senere. Å spørre om gjerningspersonen på gjerningstidspunktet handlet på vegne av det nye, endrede foretaket blir da unaturlig.⁹⁹ Høivik tar dermed til orde for at løsningen må bero på en tolkning av vilkåret ”foretak”, jf strl § 48 a. Høyesterett har i tråd med forarbeidene tatt utgangspunkt i vilkåret ”på vegne av” ved denne vurderingen.¹⁰⁰ Både forarbeidene og Høiviks tilnærming henviser imidlertid til en konkret vurdering. Hvilken måte man stiller spørsmålet på blir da uten vesentlig betydning.

Det naturlige utgangspunktet er at den juridiske personen som gjerningsmannen var tilknyttet på gjerningstidspunktet holdes strafferettslig ansvarlig for handlingen. Dette kan begrunnes med at det opprinnelige foretaket gjennom instruks og kontroll har en reell mulighet til å avverge lovbruddet. Prevensjonshensynet gjør seg dermed gjeldene. For øvrig er det en grunnleggende forutsetning for straff at den ansvarlige kan bebreides. Normalt vil ikke det endrede foretaket kunne bebreides i samme grad som det gamle, da muligheten til å forhindre lovbrudd ikke var tilstede. Hovedregelen må altså bli at ansvarssubjektet er den juridiske person på gjerningstidspunktet. Dette synet er også lagt til grunn i forarbeidene, rettspraksis og teori.¹⁰¹

⁹⁸ NOU 1989:11 s. 31

⁹⁹ Høivik (2012) s. 347-353

¹⁰⁰ Se for eksempel Rt 2002 s. 1722 og Rt 1995 s. 1922

¹⁰¹ Se Rt 2002 s. 1722, s. 1725 siste avsnitt, Høivik (2012) s. 353, Matningsdal (2003) s. 402, NOU 1989:11 s. 31 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 42

Spørsmålet er så om det kan oppstilles unntak fra hovedregelen. Det kan være et behov for unntak dersom virksomheten i realiteten forsetter uendret under en ny selskapskontruksjon, eller hvis selskapsendringene er gjennomført med sikte på å unngå foretaksstraff.¹⁰² Vurderingstemaet slik det fremgår av rettspraksis blir da om foretakets identitet er endret, eller om det nye foretaket i realiteten er en videreføring av det gamle. Bare i det siste tilfellet kan foretaksstraff ilegges. I denne vurderingen gir rettspraksis en rekke momenter av betydning.

Rt 1995 s. 1922 gjaldt foretaksstraff for ulovlig prissamarbeid etter den nå opphevede prisloven. Prissamarbeidet hadde skjedd mellom H AS og en rekke andre selskaper. H AS hadde imidlertid blitt fusjonert inn i D AS i perioden etter de straffbare handlingene. Høyesterett tok da stilling til om D AS kunne holdes strafferettslig ansvarlig for prissamarbeidet. Etter rettens oppfatning var det avgjørende om ”D AS etter fusjonen i 1992 fortsatte den virksomhet H Industri AS hadde drevet inntil fusjonen fant sted”. D AS ble ilagt foretaksstraff da dette ble funnet å være tilfelle.

I Rt 2002 s. 1722 ble en matbutikk B ilagt et forelegg for overtredelse av arbeidsmiljøloven. Aksjene i selskapet B ble imidlertid overdratt til en ny eier, A. Deretter ble all innmat, inkludert eiendeler og gjeld, overdratt fra B til A. B Deretter ble B avviklet, men driften av butikken fortsatte i A. Spørsmålet var da om A kunne holdes strafferettslig ansvarlig selv om overtredelsen hadde skjedd mens butikken ble drevet av en annen juridisk person. Høyesterett kom til at A kunne ilegges straff for det overnevnte forholdet. Det ble først vist til at en ren overdragelse av aksjer ikke endrer hvem som er strafferettslig ansvarlig. Deretter ble det vist til at ”straffansvar til vanleg kan gjerast gjeldane overfor eit overtakande foretak i ein fusjon iallfall der verksemda – aktiviteten – i det overtekne foretaket blir ført vida-

¹⁰² Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 42 viser til disse momentene, som ble fremhevet av Riksadvokaten som høringsinstans.

re”¹⁰³ I denne saken ble matbutikken ført videre, og det var således både ”funksjonell og økonomisk kontinuitet” mellom de to foretakene.

I den samme dommen ble det også uttalt at ”[h]adde det skjedd ein fusjon i eit tilfelle der aktiviteten også hadde vorte ført vidare i det overtakakande selskapet, hadde det som nemt ikkje vore tvilsamt at det var tale om eit selskap som det måtte seiast at eventuelle strafflagde handlingar var gjorde på vegner av”. I denne dommen hadde det imidlertid ikke formelt sett skjedd en fusjon. Sett i sammenheng med dommens resultat kan uttalelsen kan tolkes slik at transaksjonsformen her spiller en mindre rolle. Dette understrekes av at Høyesterett videre uttaler at det avgjørende blir ”den samla vurderinga av alle transaksjonene”.¹⁰⁴ Hvorvidt en selskapsendring skjer gjennom overdragelse av aksjer, fusjon eller fisjon er altså av mindre betydning.

I Rt 2008 s. 1201 gjaldt foretaksstraff for brudd på konkurranseloven. Konkurransetilsynet avdekket ulovlig prissamarbeid mellom Icopal AS og flere andre veientreprenører. Etter de straffbare handlingene ble veidivisjonen i Icopal solgt. Dette skjedde ved at all innmat ble overdratt til Lemminkäinen Norge AS, som overtok driften i veidivisjonen. Icopal AS fortsatte driften i byggdivisjonen, mens all drift i veidivisjonen opphørte i selskapet. Spørsmålet var da om Lemminkäinen Norge AS kunne straffes for prissamarbeidet. Høyesterett slo først fast hovedregelen: Utgangspunktet er klart nok at den juridiske personen som drev virksomheten på gjerningstidspunktet er det rette ansvarssubjektet.¹⁰⁵ Deretter vurderte retten om det kunne oppstilles et unntak i dette konkrete tilfellet. Det kreves da at ”det seljande føretaket er opphøyrte før det kan vere aktuelt å nytte føretaksstraff mot det overtakande”¹⁰⁶. Etter en gjennomgang av EF domstolens rettspraksis kom Høyesterett til at det i tillegg må kreves ”sterke strukturelle band mellom seljar og overtakar”, typisk ved samme

¹⁰³ Rt 2002 s. 1722, s. 1724

¹⁰⁴ Rt 2002 s. 1722, s. 1725

¹⁰⁵ Rt 2008 s. 1201, avsnitt 16 og Hartmann (2009) s. 343

¹⁰⁶ Rt 2008 s. 1201, avsnitt 27

styre, felles eierinteresser eller samme ledelse. Ettersom Icopal AS ikke hadde opphørt som foretak ble Lemminkäinen Norge AS frifunnet. Det rette ansvarssubjektet synes dermed å være Icopal AS. Høyesterett uttalte også at unntak kan tenkes dersom formålet med salget var å unngå foretaksstraff, men dette unntaket kom ikke til anvendelse i denne saken.

I tillegg til de momentene som trukket fram i rettspraksis fremholder Hartmann¹⁰⁷ at prevensjonshensynet tilsier at den som sitter igjen med utbytte av den straffbare handlingen også holdes strafferettslig ansvarlig. Allikevel er det grunn til å være forsiktig med å tillegge dette hensynet for stor vekt. Hvis dette overdrives kan et latent straffeansvar ramme nye, godtroende aksjonærer som verken kan bebreides for handlingen eller har noen reell mulighet til å avverge den. Lemminkäinen-saken kan illustrere dette. Slik saken lå an, var det sannsynlig at Lemminkäinen Norge AS har hatt utbytte av den straffbare handling. Dersom det hadde blitt lagt avgjørende vekt på dette ville Lemminkäinen risikere straffeansvar selv om virksomheten ikke kunne anses for en videreføring.

Konklusjonen blir dermed at foretaksstraff som utgangspunkt rettes mot foretaket som var rett ansvarssubjekt på gjerningstidspunktet. Unntak kan tenkes dersom man etter en konkret vurdering kommer til at virksomheten reelt sett har fortsatt uendret under en ny selskapskontruksjon. I denne vurderingen kan det trekkes fram flere momenter av betydning: Et vesentlig moment er om eierinteressene og ledelsen og er den samme, og om organene har lik sammensetning (såkalt funksjonell kontinuitet/tette strukturelle bånd). Videre legges det vekt på om virksomheten drives videre i samme art og omfang (økonomisk kontinuitet). Dersom selskapsendringene er motivert av et ønske om å unngå foretaksstraff er dette et moment som taler for ansvar. Om det opprinnelige foretaket fortsatt eksisterer er derimot hovedregelen at dette selskapet holdes ansvarlig. Ved tvil kan det legges på om det nye, endrede selskapet sitter med utbyttet av den straffbare handlingen.

¹⁰⁷ Hartmann (2009) s. 351

4.6 Kort om fellesforetak

Når to eller flere selskaper utfører et oppdrag sammen uten at det er etablert noen selvstendig juridisk enhet betegnes dette som et fellesforetak eller joint venture.¹⁰⁸ Dersom en person som handler på vegne av fellesforetaket begår en straffbar handling er spørsmålet om de enkelte deltakende foretak straffes, eller om fellesforetaket som sådan kan holdes ansvarlig. Etter forarbeidene beror dette på en konkret vurdering der samarbeidets karakter og varighet er av betydning. Straff kan idømmes fellesforetaket dersom det må kunne likestilles med et selskap.¹⁰⁹ Om dette ikke er tilfelle er alternativet å straffe deltakende foretaket.

I pkt 4 har tilknytningsvilkåret blitt behandlet. Videre har betydningen av konsernforhold og selskapsendringer blitt klarlagt. Det skal nå rettes et fokus mot reaksjonsfastsettelsen. I det følgende er situasjonen at vilkårene for foretaksstraff er til stede, og retten skal ta stilling til hvilken reaksjon som skal idømmes.

5 Reaksjonsfastsettelsen

5.1 Ansvarets valgfrie karakter

Når vilkårene for foretaksstraff er til stede ”kan foretaket straffes”, jf strl § 48 a. Dette viser at straffeansvaret ikke er obligatorisk. Straff kan ilegges dersom retten etter en skjønnsmessig vurdering finner at foretaksstraff er hensiktsmessig. I denne vurderingen må retten veie de hensyn som taler for straff opp mot de hensyn som taler mot. Retten har således kompetanse til å la være å ilegge straff. Domsslutningen skal i så fall lyde på frifinnelse.¹¹⁰ Dersom påtalemyndigheten etter etterforskningen kommer til at saken innstilles mot foretaket fordi straff ikke bør ilegges, skal saken avsluttes ved henleggelse, ikke påtaleunntatelse.¹¹¹ Det fremgår av forarbeidene at lovgiver har funnet det nødvendig å gi slik kompetanse som

¹⁰⁸ Matningsdal (1996) s. 106

¹⁰⁹ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 25

¹¹⁰ Se for eksempel Rt1998 s. 652 (domsslutningen) og Asbjørnsen (1995) s. 98

¹¹¹ Andenæs (2004) s. 283 og NOU 1989:11 s. 29

en ”nødvendig motvekt mot det prinsipielt meget vidtrekkende foretaksansvaret”. En annen begrunnelse er at straffansvaret for foretak er ment å være supplerende.¹¹² Det vil for eksempel være lite hensiktsmessig å straffe både innehaver og selve enkeltpersonforetaket da disse kan identifiseres fullt ut med hverandre. Videre er foretaksstraffen er generell og kan i prinsippet anvendes på ethvert straffebud. Det kan allikevel tenkes at foretaksstraff er en lite hensiktsmessig reaksjon ved enkelte typer lovbrudd. I slike tilfeller vil det være mer naturlig å straffeforfølge gjerningsmannen personlig. Rettens skjønn kan altså tjene som en sikkerhetsventil.

Det gjelder imidlertid ikke noen generell presumsjon for straff selv om vilkårene er tilstede. Behovet for foretaksstraff kan variere fra sak til sak og det er ikke alltid gitt at foretaksstraff er hensiktsmessig.¹¹³ Retten må dermed foreta en konkret vurdering i hver enkelt sak. For brudd på forurensningsloven er utgangspunktet derimot at ansvar idømmes dersom vilkårene er til stede, jf Rt 2007 s. 1684.

Prosessuelt hører vurderingen om straff skal ilegges til straffespørsmålet.¹¹⁴ Dette innebærer blant annet at det er fagdommerne i lagrettesaker som tar stilling til om foretaksstraff bør ilegges etter kan-skjønn. Om vilkårene for foretaksstraff er til stede hører derimot til skyldspørsmålet.

Strl § 48 b angir en rekke momenter det skal ”særlig legges vekt på” i skjønnsutøvelsen og i straffeutmålingen. Disse momentene får altså betydning i to omganger: For det første ved spørsmålet om straff bør ilegges, og deretter når straffen skal utmåles. Det fremgår klart av ordlyden at oppregningen er ikke uttømmende, jf formuleringen ”særlig”. Dette er også forutsatt i forarbeidene. Lovgiver signaliserer allikevel at disse momentene har størst prak-

¹¹² Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 34 og s. 23, NOU 1989:11 s. 10

¹¹³ Rt 1998 s. 652, s. 654

¹¹⁴ Rt 2000 s. 234

tisk betydning og skal tillegges særlig vekt. Dette innebærer at også andre alminnelige straffeutmålingsmomenter kan være relevante.¹¹⁵

5.2 De enkelte momentene i strl § 48 b

I det følgende skal det gis en oversikt over strl § 48 b bokstav a til g. Videre skal det trekkes frem eksempler fra rettspraksis for å belyse hvordan de ulike momentene blir tillagt vekt.

5.2.1 Prevensjonshensynet

Det skal legges vekt på ”straffens preventive virkning”, jf strl § 48 b bokstav a. Prevensjonshensynet var hovedbegrunnelsen for en generell adgang til å ilegge foretaksstraff, jf ovenfor pkt 1.1, noe som tilsier at hensynet blir særlig tungtveiende. Straffens allmennpreventive virkning tilsier at det bør reageres med straff, slik at straffetrusselen fremstår som reell. En slik straffetrussel vil kunne bidra til økt aktsomhet, samt konkrete instruksjoner og kontrolltiltak. Rettspraksis viser også at prevensjonshensynet tillegges vesentlig vekt.¹¹⁶ I forarbeidene uttales at ”straffen må søkes utmålt på en slik måte at den så vidt mulig vil virke avskrekkende og normdannende for framtiden”.¹¹⁷ Dette tilsier et høyt bøtenivå, slik at foretaket ser det som økonomisk gunstig å handle i samsvar med lovverket. For å gi tilstrekkelig preventiv effekt bør boten være av en slik størrelse at den er merkbar for foretakets økonomi.

Prevensjonshensynet strekker seg imidlertid lengre enn det rent økonomiske. Det er også på det rene at tap av omdømme kan få like alvorlige konsekvenser som bøter. Som eksempel kan nevnes at foretaket ikke blir valgt som leverandør fordi det blir ansett som en useriøs aktør. Videre kan straffedømte foretak ha problemer med å rekruttere de beste medarbei-

¹¹⁵ NOU 1989:11 s. 19 og Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 35

¹¹⁶ Se for eksempel HR-2012-01016-A avsnitt 46 og Rt 1982 s. 1022

¹¹⁷ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 34

derne. Dessuten kan banker vike tilbake for å yte foretaket kreditt dersom det er involvert i straffbare forhold.¹¹⁸

5.2.2 Overtredelsens grovhet

Det skal videre tas hensyn til ”overtredelsens grovhet”, jf strl § 48 b bokstav b. Med overtredelsens grovhet menes ”størrelsen av skaden eller skademuligheten”.¹¹⁹ Dersom overtredelsen er særlig beskjedentaler dette mot å ilegge straff. Som eksempel kan Rt 1982 s. 878 trekkes frem. Her unnlot Høyesterett å straffe foretaket fordi overtredelsen av arbeidsmiljøloven var meget beskjedent. Dersom lovovertrædelsen kan medføre fare for liv og helse er dette et moment som taler for at overtredelsen er grov og at foretaksstraff ilegges. I HR-2012-01016-A (sitert ovenfor) ble dette momentet fremhevet. Bruddet på arbeidsmiljøloven medførte fare for liv og helse, noe som talte for foretaksstraff.¹²⁰ Dette ble tillagt stor vekt, og retten kom til at foretaksstraff idømmes.

Stor betydning har også hvilken grad av skyld som er utvist. En fortsettlig straffbar handling kan lettere kvalifiseres som grov enn uaktsomme handlinger. Det er dermed større grunn til å reagere med foretaksstraff dersom handlingen er gjort forsettlig.¹²¹ I Rt 2002 s. 1312 (sitert ovenfor) uttalte Høyesterett at ”de subjektive forhold må tillegges vekt vurderingen av overtredelsens grovhet”¹²². Retten vurderte deretter hvilken grad av skyld tiltalte hadde utvist. Høyesterett kom til det forelå uaktsomt brudd på flaggingsreglene, og fant at foretaksstraff var hensiktsmessig.

Om retten allikevel kommer til at straff bør ilegges får dette momentet betydning for botens størrelse.

¹¹⁸ Slettemark (2012)

¹¹⁹ NOU 1989:11 s. 19

¹²⁰ HR-2012-01016-A, avsnitt 45

¹²¹ Matningsdal (2003) s. 418

¹²² Rt 2002 s. 1312, s. 1319

5.2.3 Instruksjon og kontroll m.v

Etter strl § 48 b bokstav c skal det legges vekt på ”om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen”. Dersom foretaket har gjort alt som kreves av preventive tiltak, er det liten grunn til å reagere med straff. Et moment som trekkes frem i forarbeidene er at den ”preventive effekten av straffen vil være liten dersom foretaket ikke har særlige muligheter for å hindre gjentakelse”.¹²³ Et eksempel på dette er Rt 1993 s. 459, som gjaldt brudd på tolloven. Foretaket ”hadde gjort alt det kunne for å sikre korrekt behandling ved utlevering av tollpapirer og instruks om tollklarering, en instruks man måtte kunne regne med at ville bli fulgt”.¹²⁴ Høyesterett kom da til at foretaksstraff ikke var hensiktsmessig.

Et eksempel på at foretaket ikke i tilstrekkelig grad har forebygget overtredelsen er Rt 2007 s. 1684. (Saksforholdet fremgår ovenfor). I denne saken hadde foretaket ikke gitt noen formelle instruksjoner som kunne forebygge lovbruddet. Det ble heller ikke gjort konkrete, alternative tiltak som kunne forhindre utslippet.¹²⁵ Retten kom dermed til at foretaksstraff idømmes.

5.2.4 Foretakets interesser

Det skal videre legges vekt på om ”om overtredelsen er begått for å fremme foretakets interesser”, jf strl § 48 b bokstav d. Forarbeidene gir ikke konkrete holdepunkter for hva lovgiver legger i denne formuleringen. Etter en naturlig språklig forståelse faller handlinger som utelukkende tjener gjerningspersonen egne, private interesser utenfor ordlyden. Dersom handlingen har en slik karakter, er dette et moment som taler mot at foretaksstraff benyttes. For øvrig vil slike handlinger også kunne falle utenfor foretaksansvaret fordi gjerningspersonen neppe handler ”på vegne av foretaket”, jf strl § 48 a. (Se ovenfor pkt 4.3).

¹²³ NOU 1989:11 s. 19

¹²⁴ Rt 1993 s. 459, s. 462

¹²⁵ Rt 2007 s. 1684, særlig avsnitt 33 og 50

En avgjørelse hvor dette trekkes frem er Rt 1995 s. 1922. (Saksforholdet fremgår ovenfor). I den da gjeldene prisloven av 1953 var det et vilkår for straff at overtredelsen er foretatt for å fremme foretakets interesser. Høyesterett fant dette kravet oppfylt da ”selskapene har hatt en vesentlig vinning ved samarbeidet”.¹²⁶

5.2.5 Foretakets fordel av overtredelsen

Etter strl § 48 b bokstav e skal det legges vekt på ”om foretaket har hatt eller kunne oppnådd noen fordel ved overtredelsen”. At loven bruker uttrykket ”kunne oppnådd noen fordel” medfører at det ikke er et krav om at fordelen faktisk er oppnådd. Bokstav d og e henger nøye sammen, og glir nødvendigvis over i hverandre. Dersom foretaket har hatt en fordel av overtredelsen vil handlingen normalt også være begått for å fremme foretakets interesser. Allikevel kan det tenkes unntak, for eksempel hvis en handling er begått i ren egeninteresse, men som indirekte medfører fordeler for foretaket.

Det taler derimot mot foretaksstraff dersom foretaket påføres skader eller ulemper ved handlingen. Dersom handlingen er klart i strid med interne retningslinjer og instruks, eller bærer preg av illojalitet taler dette mot at foretaksstraff idømmes.¹²⁷

5.2.6 Foretakets økonomiske evne

Etter strl § 48 b bokstav f skal det legges vekt på ”foretakets økonomiske evne”. Normalt er dette et moment som bare får betydning for utmålingen. Straffelovskommisjonen gikk inn for denne løsningen. Dette ble imidlertid ikke lovens ordning, da departementet fant at økonomiske hensyn også skulle få betydning for om straff overhodet skal ilegges.¹²⁸ Departementet viste til at det ville være lite hensiktsmessig å bøtelegge et insolvent foretaket dersom det ”finnes en personlig, relativt velbemidlet og samtidig sentralt plassert ansvarlig for overtredelsen”. Meget svak økonomi er dermed et moment som taler mot at det reageres

¹²⁶ Rt 1995 s. 1922, s. 1931

¹²⁷ Matningsdal (1995) s. 111

¹²⁸ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 34-35

med straff. Motsatt er sterk økonomi et moment som taler for ansvar, og som må tillegges vekt ved utmålingen av boten.

5.2.7 Andre reaksjoner

Etter strl § 48 b bokstav g skal det tas hensyn til ”om andre reaksjoner som følge av overtredelsen blir ilagt foretaket eller noen som har handlet på vegne av det, blant annet om noen enkeltperson blir ilagt straff”. Bestemmelsen tar sikte på å ramme to ulike tilfeller.

For det første kan det tenkes at foretaket har blitt rammet av andre reaksjoner, typisk inndragning. Inndragning tar allikevel sikte på å gjenopprette den økonomiske stillingen før lovbruddet. Dette følger av strl § 34, der det fremgår at ”utbytte av en straffbar handling skal inndras”. Foretakets økonomiske stilling blir da som om lovbruddet ikke hadde skjedd. Dette alene gir ikke særlig stor preventiv effekt. Preventive hensyn tilsier dermed at det også benyttes straff, slik at reaksjonen blir merkbar. Det skal imidlertid tas hensyn til den totale reaksjonen både ved spørsmålet om straff ilegges og ved utmåling. Allikevel er det grunn til å tro at dette momentet får størst betydning ved utmålingen.¹²⁹

For det andre må det tas hensyn til om noen fysisk person straffes for handlingen. Dette momentet får sannsynligvis størst betydning der den fysiske personen fullt ut identifiseres med foretaket. Dette er tilfelle i et aksjeselskap hvor eeneieren selv arbeider og i et enkeltpersonforetak uten ansatte. Hvis et enkeltpersonforetak straffes, kan foretaksstraff innebære en dobbel reaksjon dersom eieren også straffes. I forarbeidene er det uttalt at det er ”en forutsetning at det er ansatte eller oppdragstakere i bedriften”. Forarbeidene fremholder videre at foretaksstraff vil ”være lite aktuelt - om enn ikke helt utelukket - dersom eieren blir idømt straff på personlig grunnlag”.¹³⁰ Høyesterett har i to saker tatt stilling til foretaksstraff for enkeltpersonforetak. I Rt 2000 s. 1451 ble foretaksstraff ilagt da det ble lagt vesentlig vekt på at det var seks ansatte i foretaket. I Rt 2007 s. 785 ble foretaksstraff avvist

¹²⁹ Matningsdal (1996) s. 113-114

¹³⁰ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 25-27

idet det bare var eieren som arbeidet i foretaket. Dersom eieren av et enkeltpersonforetak straffes, taler altså rettskildene imot at enkeltpersonforetaket ilegges straff.

I andre tilfeller kan det vanskelig tenkes at straff for fysiske personer skal kunne utelukke foretaksstraff. Det vil som regel være grunn til å straffe foretaket for å gi straffebudet en økt preventiv effekt, jf ovenfor. Allikevel er det ikke helt utenkelig at prevensjonshensynet er tilstrekkelig ivaretatt dersom kun gjerningspersonen alene straffes. Retten må i det konkrete tilfelle vurdere om foretaksstraff er hensiktsmessig.

5.2.8 Andre relevante hensyn

Som nevnt ovenfor er momentene i strl § 48 b ikke uttømmende. Allikevel må det antas at de mest sentrale hensyn fremgår av strl § 48 b. Etter forarbeidene er alminnelige utmålingsmomenter også relevant å ta i betraktning.¹³¹ Listen over hensyn av betydning for reaksjonsfastsettelsen er lang, og det er trolig ikke mulig å gi en fullstendig oppregning.¹³² Her skal kun gis en oversikt over noen momenter som antas å være relevante i saker om foretaksstraff. Spørsmålet er dermed om det foreligger tungtveiende momenter det bør tas særlig hensyn til i tillegg til momentene i strl § 48 b.

Et moment som står sentral i utmålingspraksis er prinsippet om forholdsmessighet. Straffen skal utmåles slik at den ”står i et rimelig forhold til handlingens straffverdighet”.¹³³ Spor av dette prinsippet finnes i strl § 48 b, bokstav b hvor det heter at overtredelsens grovhet skal vektlegges. Forholdsmessighetsprinsippet strekker seg imidlertid lenger enn dette. Vurderingstemaet er altså ikke handlingens grovhet som sådan, men derimot om straffens karakter og omfang er i samsvar med straffverdigheten. Dette momentet trekkes særlig frem fordi det får betydning i fremstillingen nedenfor.

¹³¹ Ot.prp nr. 27 (1990-1991) s. 21

¹³² Eskeland (2006) s. 424

¹³³ Eskeland (2006) s. 427

Et tema som har nylig har blitt belyst i rettspraksis er forholdet til anskaffelsesregelverket. Etter forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) kan leverandører utelukkes fra offentlige anbudskonkurranser dersom det foreligger straffedom for visse former for kriminalitet, jf FOA §§ 11-10 og 20-12. Dersom leverandøren har gjort seg skyldig i deltakelse i en kriminell organisasjon eller for korrupsjon, bedrageri eller hvitvasking av penger skal anbudet avvises, jf bokstav e. Oppdragsgiveren har altså en plikt til å avvise leverandører dersom det foreligger straffedom for slike nevnte forhold.

Dette må nødvendigvis få betydning for reaksjonsfastsettelsen. I tillegg til inndragning eller bøter risikerer foretaket å bli utsatt for en administrativ reaksjon i form av å bli avvist i alle offentlige anbudskonkurranser. For foretaket som for det vesentlige handler med det offentlige kan dette få store konsekvenser. Spørsmålet er da hvilken betydning dette får for reaksjonsfastsettelsen.

Etter alminnelig utmålingspraksis blir ikke konsekvenser for domfelte tillagt særlig vekt. Enkelte unntak kan tenkes dersom domfelte befinner seg i en rehabiliteringssituasjon der ubetinget fengselsstraff vil virke negativt inn på behandlingsprosessen.¹³⁴ Slike hensyn gjør seg derimot ikke gjeldene ved bruk av foretaksstraff. Her kommer økonomiske konsekvenser i forgrunnen. De økonomiske konsekvenser for foretaket kan derimot bare unntaksvis tas hensyn til. Hovedregelen må være at slike hensyn ikke har nevneverdig vekt i reaksjonsfastsettelsen. Dette synspunktet har klar støtte i preventive hensyn. Foretaksstraffen øker ikke straffens preventive virkning dersom det kan fritas for straff der den rammer foretaket hardt. Straffen har nettopp det formål å tilføre lovovertrederen et onde. Å ilegge foretaksstraff har nettopp til hensikt å ramme foretaket økonomisk, slik at prevensjonshensynet er ivaretatt. Å hevde at straff ikke bør ilegges fordi det får store økonomiske konsekvenser, bryter dermed med straffens formål. Å fritas for straff med bakgrunn i slike hensyn vil dessuten undergrave både foretaksstraffen og anskaffelsesregelverket.

¹³⁴ Eskeland (2006) s. 444-445

I motsatt retning går Oslo tingretts dom av 15. juli 2011. I saken var Norconsult og tre ansatte tiltalt for medvirkning til korrupsjon av offentlige tjenestemenn i Tanzania. I tingrettens dom ble Norconsult frifunnet for foretaksstraff selv om vilkårene for straff var tilstede. Retten fant altså etter en skjønnsmessig vurdering at straff ikke burde ilegges. Av hensyn som talte mot straff trakk retten frem at avvisningsbestemmelsen i forskrift om offentlige anskaffelser ville medføre alvorlige økonomiske konsekvenser for foretaket. Preventive hensyn trakk ellers i retning av at straff burde ilegges og Norconsult kunne kritiseres for å ikke ha avverget overtredelsen gjennom antikorrupsjonstiltak.¹³⁵

Tingretten uttaler at det legges ”en viss vekt på muligheten for totalt utstengelse” i medhold av anskaffelsesregelverket. Dersom man ser tingrettens argumentasjon under ett, synes dette argumentet å være det avgjørende for frifinnelsen. Tingretten har altså frifunnet Norconsult med bakgrunn i at de økonomiske konsekvensene kan bli alvorlige. Å legge avgjørende vekt på slike forhold er etter mitt syn lite skjønnstomt, jf like ovenfor.

Tingretten har videre ikke tatt høyde for at de begrensninger som følger av FOA. For det første må det oppstilles en grense for hvor lenge Norconsult kan utestenges. Forholdsmessighetsprinsippet tilsier at leverandører ikke utestenges på livstid. Lengden på utestengingen må avpasses i forhold til lovbruddets grovhet.¹³⁶

For det andre kan det virke som om tingretten uriktig har lagt til grunn at dommen for betydning for Norconsults eksisterende kontrakter. I dommen fremgår at Norconsult ”kan miste halvparten av sin omsetning med tap av hundrevis av arbeidsplasser til følge”. I utgangspunktet gjelder anskaffelsesregelverket nye kontrakter. FOA §§ 11-10 og 20-12 bare oppstiller begrensninger i Norconsults mulighet til å skaffe seg nye kontrakter. Tingrettens tolkning av FOA må da være klart uriktig. Anskaffelsesregelverket gir ikke rett til å heve

¹³⁵ Oslo tingretts dom av 15. juli 2011, s. 34-37

¹³⁶ Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (2011) s. 16-17

eksisterende kontrakter.¹³⁷ Norconsult står følgelig ikke i fare for å umiddelbart miste halvparten av sin omsetning.

Dommen ble raskt utsatt for kritikk, og påtalemyndigheten anket over straffespørsmålet. Økokrim anførte prevensjonshensyn gjør seg sterkt gjeldene og at straff dermed bør idømmes i medhold av strl § 48 b. Ankeforhandling ble avholdt og avgjørelse foreligger nå ved Borgarting lagmannsrett dom av 15.10.2012.

Lagmannsretten tok anken til følge og Norconsult ble ilagt foretaksstraff etter en konkret vurdering. I rettens begrunnelse ble preventive hensyn tillagt betydelig vekt. Norconsult ble videre kritisert for mangelfulle tiltak mot korrupsjon. At Norconsult kunne stå i fare for å bli utestengt etter FOA §§ 11-10 og 20-12 ble ikke tillagt avgjørende vekt.¹³⁸ Dette er for så vidt ikke overraskende, idet tingrettens dom fort kunne undergrave både foretaksstraffens begrunnelse og anskaffelsesregelverket. Dommen er i skrivende stund ikke rettskraftig, og anke er varslet.

6 Straffeloven 2005

6.1 Skyldkravet etter ny straffelov

I den nye straffeloven (strl 2005) er den generelle hjemmelen for foretaksstraff videreført i § 27. Den nye bestemmelsen om foretaksstraff lyder slik: ”Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Det gjelder selv om ingen enkeltperson har utvist skyld eller oppfylt vilkåret om tilregnelighet, jf. § 20”. Den nye straffeloven er vedtatt, men har ikke trådt i kraft.

Ordlyden avviker noe fra den nå gjeldene strl § 48 a. Første punktum i strl 2005 er helt identisk med første punktum i strl § 48 a. Ordlyden i annet punktum er imidlertid endret i

¹³⁷ Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementet (2011) s. 7

¹³⁸ Borgarting lagmannsretts dom av 15.10.2012 s. 10-14

forhold til gjeldene rett. Ordlyden i den nye loven trekker mer i retning av et objektivt straffansvar for foretaket, idet straff kan ilegges ”selv om ingen enkeltperson har utvist skyld”. I forarbeidene er det uttalt at meningen har vært ”å gi uttrykk for at det ikke skal være et vilkår for å straffe et foretak at en eller flere personer har oppfylt de subjektive straffbarhetsvilkårene”.¹³⁹ Lovgiver har altså bevisst gått inn for et objektiv straffansvar for foretak – altså straff uten krav til skyld. Dette innebærer en vesentlig utvidelse av rammene for foretaksstraffen i forhold til gjeldene rett. Påtalemyndigheten trenger således ikke å bevise skyld hos noen som handler på vegne av foretaket. Det er tilstrekkelig å bevise at et straffebud objektivt sett er overtrådt. Foretaket kan dermed idømmes foretaksstraff, forutsatt at gjerningsbeskrivelsen og tilknytningskravet er oppfylt. Det er allikevel fremhevet i forarbeidene at hendelige uhell og force majeure fortsatt ikke skal rammes av straffansvaret. Endringen er hovedsakelig begrunnet i effektivitetshensyn og prosessøkonomiske hensyn.¹⁴⁰

6.2 Forholdet til EMK

Å innføre et objektivt straffansvar på foretaksstraffens område reiser prinsipielle betenkeligheter. For det første bygger vårt straffesystem på at det kreves skyld for å kunne straffe. Dette er forutsatt i strl § 40 og strl 2005 § 21. Videre setter uskyldspresumsjonen i EMK skranker for straff på objektivt grunnlag. Etter EMDs praksis kan også foretak utlede rettigheter fra EMK, herunder uskyldspresumsjonen.¹⁴¹ Uskyldspresumsjonen fremgår av EMK art 6 (2) og lyder slik: “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”. For å ilegge straff må altså skyld være bevist, jf uttrykket “proven guilty”. EMK art 6 (2) tolket i lys av EMDs praksis innebærer dermed at objektivt straffansvar etter forholdene kan være i strid konvensjonen.¹⁴² EMK er

¹³⁹ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 431

¹⁴⁰ Ot.prp nr. 90 (2003-2004) s. 242

¹⁴¹ Hika (2010) s. 539

¹⁴² Aall & Møse (2012) note 59

gjort til norsk rett ved menneskerettsloven og skal ved motstrid gå foran annen lovgivning, jf § 3. Spørsmålet blir da om den strl 2005 § 27 er i strid med EMK.

Forholdet til uskyldpresumsjonen ble ikke vurdert i forarbeidene til straffeloven av 2005. I etterkant av vedtagelse har derimot lovgiver søkt å dempe denne problemstilling ved å endre strl 2005 § 28 b. Gjerningspersonens skyld får nå betydning i spørsmålet om foretaksstraff skal benyttes etter den skjønnsmessige vurderingen (kan-skjønnnet). I tillegg til lovbruddets grovhet skal det nå legges vekt på om ”noen som handler på vegne av foretaket, har utvist skyld” Denne endringen skal i følge forarbeidene ivareta forholdet til uskyldspresumsjonen.¹⁴³

Etter EMDs praksis er objektive straffbarhetsvilkår ikke uten videre i strid med uskyldspresumsjonen. Det må foretas en proporsjonalitetsvurdering der flere momenter er av betydning. Av vesentlig betydning for dette spørsmålet er EMDs dom *Salabiaku v France*. *Salabiaku* ble dømt for smugling etter den franske tollovgivning uten at påtalemyndigheten trengte å bevise skyld og uten at det måtte bevises at *Salabiaku* hadde innført varene. Spørsmålet var om dette var i strid med uskyldspresumsjonen. EMD trakk fram at *Salabiaku* hadde mulighet til å forsvare seg ved å bevise at forholdet var uunngåelig (*force majeure*) og at franske domstoler hadde vurdert et element av skyld. Det ble videre fremhevet at de aktuelle tollbestemmelsene holdt seg innenfor rimelighetens grenser. EMD fant deretter at de aktuelle tollbestemmelsene bar preg av å være en presumsjon for skyld og fant at uskyldspresumsjonen ikke var krenket.¹⁴⁴ Senere dommer i EMD trekker i samme retning. Rettspraksis i EMD har imidlertid knyttet seg til skyldpresumsjoner, ikke objektivt straffansvar. Høyesterett har imidlertid gått inn for at presumsjoner og objektivt straffansvar likestilles i relasjon til uskyldspresumsjonen.¹⁴⁵

¹⁴³ Ot.prp nr. 22 (2008-2009) s. 397

¹⁴⁴ *Salabiaku v France*, særlig avsnitt 27-28

¹⁴⁵ Rt 2005 s. 833, avsnitt 71

Fra Høyesterettspraksis kan særlig plenumsdommen i Rt 2005 s. 833 trekkes frem. Høyesterett tok her stilling til uskyldspresumsjonens betydning for objektive straffbarhetsvilkår i norsk rett. Spørsmålet var om strl § 195 (seksuell omgang med barn under 14 år) etter sin ordlyd var i strid med uskyldspresumsjonen. I tredje ledd heter det at ”villfarelse om alder ikke utelukker straffeskyld”. Bestemmelsen er altså objektiv i den forstand at tiltalte ikke har mulighet til å føre bevis for at han var i aktsom god tro med hensyn til barnets alder. Dette representerer et unntak fra prinsippet skylden må dekke hele den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, jf strl §§ 40 og 42. Etter bestemmelsens ordlyd trenger altså ikke skylden omfatte barnets alder. Høyesterett kom til strl § 195 var i strid med uskyldspresumsjonen og uttalte at ”[v]illfarelsesregelen i § 195 tredje ledd utelukker enhver vurdering av siktedes subjektive forhold ved avgjørelsen om straffeskyld, og gir ingen mulighet for forsvar”.¹⁴⁶ Strl § 195 tredje ledd måtte da tolkes med samme reservasjon som følger av strl § 196, altså med tillegget ”med mindre ingen uaktsomhet foreligger i så måte”. Avgjørende for retten var at tiltaltes stod ovenfor en meget alvorlig straffereaksjon uten mulighet til å føre forsvar.

Rettstilstanden er altså slik at det objektive straffbarhetsvilkår må underkastes en konkret proporsjonalitetsvurdering der bestemmelsen formål og nødvendighet er momenter av betydning. Objektive straffbarhetsvilkår må være innenfor rimelighetens grenser. Et særlig tungtveiende hensyn er tiltaltes mulighet til å forsvare seg. Spørsmålet er da om EMK art 6 (2) krenket etter konkret vurdering av strl 2005 § 27.

Foretaksstraffens begrunnelse er å gi de enkelte straffebud økt preventiv virkning, jf ovenfor pkt 1.1. I forarbeidene til den nye straffeloven blir effektivitets- og prosessøkonomiske hensyn fremhevet for å begrunne foretaksstraff uten skyld. På strafferettens område kan slike hensyn bare ha begrenset vekt. Det må kreves forholdsvis tungtveiende hensyn for å begrunne et rent objektivt straffansvar. En slik utvidelse av straffansvaret kan heller ikke

¹⁴⁶ Rt 2005 s. 833, avsnitt 85

sies å være strengt nødvendig for å ivareta prevensjonshensynet. Allikevel er foretaksstraff etter den nye straffeloven er heller ikke fullt ut objektiv. Foretaket har altså en viss mulighet til å forsvare seg mot en straffereaksjon. For det første kan force majeure-unntaket påberopes. Unntaksregelen er snever og det kan spørres om unntaket i det hele tatt har noen reell betydning. Rettspraksis viser uansett at unntaket er lite praktisk. Allikevel er det forholdsvis vid adgang til forsvar, da straffansvar for foretaket ikke er obligatorisk. Retten skal, som nevnt ovenfor, vurdere om foretaksstraff bør idømmes. Et vesentlig moment i denne vurderingen er hvorvidt noen som handler på vegne av foretaket har utvist skyld, jf strl 2005 § 28 b. Skylden blir altså ikke vurdert som et vilkår for foretaksstraff, men blir hensyntatt i reaksjonsfastsettelsen. Dette momentet trekker i retning av at foretaksstraffen er innenfor rimelighetens grenser slik det kreves etter EMDs praksis. Videre må det vektlegges at foretaksstraff aldri går ut på fengselsstraff. Straffen er alltid bøter, inndragning eller rettighetstap. Straffen representerer altså ikke et inngrep i den personlige friheten, noe som tilsier at objektive straffbarhetsvilkår etter strl 2005 § 27 lettere kan aksepteres.¹⁴⁷ De hensyn som er trukket frem i Rt 2005 s. 833 gjør seg da ikke gjeldene med samme styrke.

Konklusjonen blir dermed at uskyldspresumsjonen neppe er krenket av § 27 da det foreligger reell mulighet for forsvar både gjennom force majeure-unntaket og i reaksjonsfastsettelsen.

Det skal nevnes at denne problemstilling bare kommer på spissen når det ikke er noen fysisk person som medtalt. Dersom en fysisk person er tiltalt i samme sak må retten uansett ta stilling til skyldkravet for å straffe vedkommende. Skyldkravet blir da vurdert i forhold til den fysiske personen som handler på vegne av foretaket. Foretakets skyld blir da indirekte vurdert.

¹⁴⁷ Hika (2010) s. 541

7 Avslutning

7.1 Konklusjon

Avhandlingen har behandlet vilkårene for foretaksstraff med særlig vekt på tilknytningsvilkåret. De grunnleggende vilkårene for straff må være oppfylt også for foretakets vedkommende. Den objektive gjerningsbeskrivelsen må være oppfylt og straffebudet må være overtrådt med den nødvendige graden av skyld. Det kan imidlertid ikke oppstilles et tilleggskrav om skyld i ledelsen. Anonyme og kumulative feil rammes, men da slik at skyldkravet fortsatt gjelder. Skyldvurderingen får allikevel et noe objektivt preg. Videre må tilregnelighetskravet være oppfylt og det må ikke foreligge straffefrihetsgrunn. Den nye straffeloven trekker imidlertid straffeansvaret lenger, da både skyldkravet og tilregnelighetskravet fravikes.

Videre må tilknytningskravet ”på vegne av foretaket” være oppfylt. Vilkåret har som nevnt både en personell og en funksjonell side. Kravet til personell tilknytning innebærer at det må være tilstrekkelig nærhet mellom foretaket og gjerningspersonen. Ansatte, selvstendige oppdragstakere og foretakets organer tilhører den personkrets som kan tenkes å pådra foretaket straffansvar. Dersom tilknytningen mellom foretaket og gjerningspersonen er mer indirekte og avledet blir det avgjørende om foretaket har hatt reell myndighet til instruksjon og kontroll. Deltakere skal derimot ikke identifiseres med foretaket.

Kravet til funksjonell tilknytning medfører en begrensning i hvilke typer handlinger foretaket hefter for. Handlingen må i utgangspunktet ha tilstrekkelig tilknytning til gjerningspersonens funksjon i foretaket. Dette innebærer at helt upåregnelige handlinger i strid med foretakets interesse faller utenfor. Handlinger som er utpreget illojale kan dermed ikke medføre foretaksstraff. Dersom det foreligger instruksbrudd fører ikke dette ubetinget til at handlingen ikke er foretatt på vegne av foretaket. Det må foretas en konkret vurdering der en rekke momenter er av betydning. Momenter som kan trekkes frem er handlingens påregnelighet, hvorvidt handlingen har et illojalt preg og er i strid med foretakets interesse, samt instruksens art og innhold.

Dersom gjerningspersonen er ansatt i et datterselskap i et konsern har gjerningspersonen ikke tilstrekkelig personell tilknytning til morselskapet. Det foreligger allikevel rettskilder som trekker i retning av at morselskapet kan straffes for overtredelser begått på vegne av datterselskapet. Spørsmålet er tvilsomt og kan trolig ikke besvares generelt. Avgjørelsen må bero på skjønn der gjerningspersonen nærhet og tilknytning til morselskapet blir avgjørende momenter.

Om selskapsstrukturen er endret etter lovbruddet er hovedregelen at straff rettes mot foretaket som gjerningspersonen handlet på vegne på gjerningstidspunktet. Unntak kan tenkes hvis virksomheten i realiteten har fortsatt i en ny selskapskonstruksjon. Momenter i denne vurderingen er om eierinteressene, organene og ledelsen har lik sammensetning. Videre legges det vekt på om driften har samme omfang og karakter. Endelig er det et vesentlig moment om selskapsendringen er gjennomført med sikte på å unngå foretaksstraff.

7.2 Synspunkter på rettsutviklingen og gjeldene rett

Særlig avgjørelsene i Rt 2007 s. 1684 og HR-2012-01016-A viser at straffansvaret for foretak strekker seg langt. Gjerningspersonene hadde i begge tilfelle handlet i strid med foretakets retningslinjer. Allikevel ble foretaksstraff ilagt, da handlingen ikke hadde et klart preg av illojalitet.

Sannsynligvis blir foretaksstraff ilagt oftere enn forarbeidene i utgangspunktet legger opp til. Rettsutviklingen trekker altså i retning av et stadig strengere ansvar. Videre viser den nye straffeloven at ansvaret blir tilnærmet objektivt, dog med enkelte unntak. Det kan anføres gode grunner for et mer omfattende straffansvar. For det første gir dette økt preventiv effekt i form av at foretaksstraff oftere ilegges. Når sannsynligheten for å pådra seg foretaksstraff øker, vil dette normalt medføre at foretaket i større grad innretter seg med sikte på å unngå straff. Dette bidrar dermed til økt aktsomhet, da foretaket får en særlig klar oppfordring til å forebygge lovbrudd gjennom instruksjon og kontroll.

Allikevel bør ikke foretaksansvaret trekkes lenger enn det som allerede følger av Rt 2007 s. 1684 og HR-2012-01016-A. Dette medfører skjerping av et allerede strengt ansvar. Dersom dette ansvaret tøyes lenger vil det i realiteten innebære at ansvaret langt på vei blir objektivt. Lovgiver har etter forarbeidene klart definert rammene for ansvaret. Å trekke ansvaret betydelig lengre enn dette er ikke i tråd med lovgivers intensjoner. Det er dermed grunn til å tro at domstolene ikke vil tøye foretaksansvaret lenger enn det som allerede følger av nyere rettspraksis.

Dersom foretaksansvaret strekkes for langt kan det medføre en fare for at den preventive effekten ikke lenger øker. Trolig har ikke foretakets ledelse har noen klar bevissthet om hvor langt foretaksansvaret strekkes seg. I næringslivet generelt er nok foretaksstraff ikke en aktuell problemstilling. Det er selvfølgelig et siktemål å holde driften i tråd med lovverket, men det ville vært unaturlig om den enkelte leder til enhver tid tar rammene for foretaksansvaret til etterretning. I lys av dette må den preventive effekten ikke overdrives. I tilknytning til straffens preventive virkning kan man spørre om et stadig strengere og mer omfattende straffansvar virkelig er egnet til å forebygge lovbrudd. Foretaksstraffen gir riktignok foretaket et incentiv til å motvirke lovbrudd i organisasjonen. Trolig gir også et strengere straffansvar en enda klarere oppfordring til å gjennomføre slike preventive tiltak. Allikevel kan dette argumentet bare ha begrenset vekt. Ved vurderingen av den preventive effekten kan det ikke bare tas hensyn til normens strenghet. Et mer hensiktsmessig tiltak er trolig å styrke ressurs situasjonen i politiet. Økte ressurser medfører et handlingsrom til å etterforske flere saker og i større grad avdekke lovbrudd. Oppdagelsesrisikoen ville da være større og følgelig bidra til å styrke straffens preventive virkning.

Når foretaket har iverksatt konkrete tiltak for å avverge lovbrudd taler dette mot straff. Dersom lovbrudd likevel skjer, kan ikke forholdet karakteriseres som utpreget straffverdig. I et slikt tilfelle er vanligvis lovbruddet mindre påregnelig. Dersom foretaksansvaret strekkes lenger enn det som allerede følger av Rt 2007 s. 1684 og HR-2012-01016-A kan man lett komme over i en situasjon der handlingen ikke lenger er tilstrekkelig straffverdig. Det vil da være unaturlig å reagere med foretaksstraff, og det kan tenkes tilfeller der straff vil virke

svært urimelig ovenfor foretaket. Som nevnt ovenfor bør straff fortsatt bare ilegges den som kan bebreides. Det må i ethvert tilfelle oppstilles en grense for hvilke tiltak for å avverge lovbrudd man med rimelighet kan forvente av foretaket. Slike tiltak og kostnadene med disse må stå i rimelig samsvar med driftens karakter. Det kan for eksempel ikke forventes at en liten bedrift har HMS- og compliancefunksjoner på lik linje med større selskaper. Dersom foretakets virksomhet ofte kan medføre lovbrudd, er det derimot større grunn til at foretaket har mekanismer som forebygger lovbrudd.

Videre kan ansvarets valgfrie karakter kritiseres. Spørsmålet er om en slik ordning er nødvendig og hensiktsmessig. Etter forarbeidene er denne ordningen begrunnet i foretaksstraffens vide rammer, jf ovenfor. Dette kan allikevel hensyntas på andre måter enn at straffansvaret gjøres valgfritt. For det første gir tilknytningsvilkåret i strl § 48 a retten et visst element av skjønn. I saker der det hvor foretaksstraff virker særlig urimelig vil det ofte også være tvilsomt om tilknytningsvilkåret er oppfylt. Dette synspunktet støttes av at flere av momentene i strl § 48 b ofte også er relevante i spørsmålet om tilknytningskravet er oppfylt. Det kan her vises til fremstillingen ovenfor, da særlig pkt 4.3.3 og 4.3.4. Retten står her ovenfor en vurdering der de samme momentene får betydning i to forskjellige vurderinger. Dette er lite hensiktsmessig. Dersom tungtveiende argumenter taler mot foretaksstraff kan retten etter en konkret vurdering frifinne foretaket med bakgrunn i at tilknytningskravet ikke er oppfylt i stedet for å gjennomføre den skjønnsmessige vurderingen i strl § 48 b.

De hensyn som er beskrevet i strl § 48 b er også av betydning for utmålingen. Retten utmåler boten etter de konkrete forholdene i saken. Dersom den straffbare handlingen er lite straffverdig, får dette betydning for botens størrelse. Hensynene i strl § 48 b blir dermed ivaretatt i utmålingen. Retten har altså anledning til å lempe ansvaret gjennom utmålingen, eller å frita for ansvar gjennom den skjønnsmessige vurderingen av tilknytningsvilkåret. Dessuten har påtalemyndigheten et visst skjønn når det skal vurderes om handlingen skal følges ved tiltale. Det er da vanskelig å se noe reelt behov for at foretaksstraffen skal være fakultativ. Tvert imot skaper dette usikkerhetsmoment, der det ikke vil være mulig å

forutse et eventuelt straffansvar. Trolig vil prevensjonshensynet være bedre ivaretatt om straffansvaret hadde vært obligatorisk.¹⁴⁸ Foretaket kan da lettere innrette seg etter straffetrusselen og ta konsekvensene av dette. For øvrig bryter denne ordningen også med vår hovedregel om at straff ilegges dersom vilkårene er til stede. Tungtveiende hensyn taler dermed for at ordningen med et valgfritt ansvar er lite hensiktsmessig.

Den nye straffeloven utvider rammene for foretaksstraffen slik at skyldkravet og tilregnelighetsvilkåret ikke lenger gjelder. Dette bidrar til å skjerpe ansvaret. Det gjenstår å se hvordan den nye bestemmelsen blir praktisert, men slik den nå er utformet er det ikke utenkelig at nye § 27 kan stå i et noe problematisk forhold til uskyldspresumsjonen i EMK art 6. Det uansett uheldig at forholdet til EMK ikke ble behandlet i forarbeidene til den nye straffeloven. Rent objektive straffbarhetsvilkår er uansett betenkelig og bryter med tradisjonen om at den som skal straffes må kunne bebreides for handlingen. Resultatet blir at påtalemyndigheten ikke trenger å bevise skyld, noe som av retts tekniske og prosessøkonomiske hensyn er gunstig. Dette kan allikevel ikke gå på bekostning av tiltaltes rett til rettferdig rettergang etter EMK art 6.

¹⁴⁸ Jensen (1999) s. 228

8 Litteraturliste

8.1 Bøker og hefter

- | | |
|--|--|
| Andenæs, Johs | Alminnelig strafferett. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn, Oslo, Universitetsforlaget, 2004. |
| Asbjørnsen, Rasmus | Straffansvar for foretak. Oslo, Norges Forskningsråd, 1995. (Forskning om økonomisk kriminalitet, rapport nr. 21) |
| Askeland, Bjarte | Erstatningsrettslig identifikasjon. 1. utgave. Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2002. |
| Eskeland, Ståle | Strafferett. 2. utgave. Oslo, Cappelen Akademisk Forlag, 2006. |
| Høivik, Knut | Foretaksstraff. 1. utgave. Oslo, Cappelen Damm Akademisk Forlag, 2012 |
| Matningsdal, Magnus
og Bratholm, Anders (red) | Straffeloven, kommentarutgave. 2. utgave. Oslo, Universitetsforlaget, 2003. |
| Woxholth, Geir | Selskapsrett. 3. utgave. Oslo, Gyldendal Akademisk, 2010 |

8.2 Forarbeider

- | | |
|---------------------------|---|
| NOU 1989:11 | Straffansvar for foretak |
| Ot.prp nr. 27 (1990-1991) | Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak). |

Ot.prp nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp nr. 22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28

8.3 Lover og forskrifter

1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamling paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven)

1902 Almindelig Borgerlig Straffelov av 22. mai 1902 nr. 10. (straffeloven)

1953 Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurranseforhold av 26. juni 1953 nr. 4 (prisloven) (opph)

1969 Lov om skadeserstatning av 13. juni 1969 (skadeserstatningsloven)

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. av 4. mars 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven) (opph)

1985 Lov om ansvarlige selskaper og kommandittselskaper av 21. juni 1985 nr. 83 (selskapsloven)

1997 Lov om aksjeselskaper av 13. juni 1997 nr. 14 (aksjeloven)

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven)

2005 Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven)

8.4 Dommer

Rt 1938 s. 411

Rt 1959 s. 849

Rt 1972 s. 815

Rt 1982 s. 645

Rt 1982 s. 1349

Rt 1984 s. 337

Rt 1988 s. 1356

Rt 1990 s. 1126

Rt 1993 s. 17

Rt 1993 s. 459

Rt 1995 s. 1922

Rt 1998 s. 652

Rt 2000 s. 234

Rt 2000 s. 1451

Rt 2001 s. 837

Rt 2001 s. 1379

Rt 2002 s. 1312

Rt 2002 s. 1722

Rt 2005 s. 833

Rt 2007 s. 785

Rt 2007 s. 1665

Rt 2007 s. 1684

Rt 2008 s. 755

Rt 2008 s. 1201

Rt 2011 s. 1738

HR-2012-01016-A

Borgarting Lagmannsretts dom av 15.10.2012 (LB-2011-148517)

Oslo Tingretts dom av 15.07.2011 (TOSLO-2009-187431)

Salabiaku v France The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. oktober 1988

8.5 Nettdokumenter

Askeland, Bjarte Kommentar til skadeserstatningsloven. Norsk lovkommentar nettverson. (Sitert 7. september 2012)

Axelsen, Niels Kristian Skyldkrav til ledelsen i foretak som vilkår for foretaksstraff? Lov og Rett. 2009, s. 195-216. (Sitert fra Lovdata)

Fornyings- administrasjons- Rundskriv 08/766. Avvisning av straffedømte leverandører og kirke departementet mv i forbindelse med offentlige anskaffelser. www.regjeringen.no (Sitert 22. oktober 2012)

Hartmann, Carl Graff Foretaksstraff og selskapsendringer. Tidsskrift for strafferett. 2009, s. 330-352. (Sitert fra Gyldendal Rettsdata)

Hika, Gemetchu Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2). Tidsskrift for Rettsvitenskap. 2010, s. 506-547 (Sitert fra Lovdata)

Matningsdal, Magnus Straffeansvar for foretak. Jussens Venner. 1996, s. 98-115. (Sitert fra Lovdata)

Aall, Jørgen & Møse, Erik Kommentar til menneskerettsloven. Norsk lovkommentar nettverson (Sitert 8. oktober 2012)

8.6 Personlig meddelelse

Slettemark, Guro Intervju 26.09.12

(Transparency International Norge)